

# Beistandschaft in der AG

## DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität Zürich  
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

ISO SCHUMACHER-BAUER

von Zürich und Vilters SG

Genehmigt auf Antrag von  
Herrn Prof. Dr. Peter Forstmoser

1902  
—

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich



Digitized by the Internet Archive  
in 2026

[https://archive.org/details/IA41507220\\_0019](https://archive.org/details/IA41507220_0019)

# Beistandschaft in der AG

## DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität Zürich  
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

ISO SCHUMACHER-BAUER

von Zürich und Vilters SG

Genehmigt auf Antrag von  
Herrn Prof. Dr. Peter Forstmoser

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 15. Juli 1981

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 18 der Reihe

Zürcher Studien zum Privatrecht

Herausgegeben von Mitgliedern der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich



*Meinen Eltern (auch als Fachleuten)*  
*Meiner Frau – eher aus Liebe zu deuten*  
*Meinem Söhnchen, dem eben Taufglocken läuten*

Mein Dank geht in erster Linie an Herrn Prof. Dr. Peter Forstmoser. Diese Dissertation wuchs aus meiner Assistententätigkeit für ihn heraus und kehrte zu ihm zurück für Anregungen zum letzten Schliff.

Gleichfalls sehr verbunden bin ich meinen damaligen Arbeitskollegen, vorab Ernst Felix Schmid, der mir Thema und eine beträchtliche Materialsammlung abtrat, um auf höherer Ebene zu doktorieren, sodann Renate Wenninger und Ueli Benz, die mir wertvolle Hinweise zutrug. Allezeit hilfsbereit erwiesen sich auch die Bibliothekarinnen und Bibliothekare vom iuristischen Seminar.

Was an Ungeglättetem im endgültigen Text verblieben ist, darf allein meinem Widerstand gegen den ansonsten segensreich waltenden väterlichen Rotstift zugeschrieben werden.

Schliesslich möchte ich meine Frau besonders erwähnen. Sie liess mich geduldig an der Dissertation gewähren und tippte dann in wahrlich erschwerten Umständen das Manuskript in die Schreibmaschine. Ich hoffe zuversichtlich, mit ihr noch schönere als die Kollationierstunden zu verbringen.

Nach Ende 1980 erschienene Literatur und Judikatur konnte nur noch vereinzelt berücksichtigt werden.

## INHALTSÜBERSICHT

|                                                                                          |      |
|------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| Inhaltsverzeichnis                                                                       | VII  |
| Abkürzungen                                                                              | XXII |
| Literatur                                                                                | XXIV |
| Einleitung                                                                               | 1    |
| I. Teil:                                                                                 |      |
| <b>Allgemeine Ordnung der Beistandschaft</b>                                             | 4    |
| 1. Kapitel: Zweck der Beistandschaft                                                     | 4    |
| 2. Kapitel: Anwendung des Vormundschaftsrechtes auf die<br>Beistandschaft im allgemeinen | 5    |
| 3. Kapitel: Zuständigkeit                                                                | 6    |
| 4. Kapitel: Übertragung der Beistandschaft                                               | 14   |
| 5. Kapitel: Interkantonale Rechtshilfe                                                   | 21   |
| 6. Kapitel: Kantonale Verordnungen nach ZGB 425 im allgemeinen                           | 22   |
| 7. Kapitel: Rechtsmittel                                                                 | 24   |
| II. Teil:                                                                                |      |
| <b>Voraussetzungen der Beistandschaft</b>                                                | 55   |
| 1. Kapitel: Vermögen                                                                     | 55   |
| 2. Kapitel: Körperschaft als Vermögensträgerin                                           | 56   |
| 3. Kapitel: Mangel der für die Verwaltung erforderlichen Organe                          | 58   |
| 1. Abschnitt: Organe im allgemeinen                                                      | 58   |
| 2. Abschnitt: Erforderliche Organe                                                       | 67   |
| 3. Abschnitt: Mangel des Organes                                                         | 73   |
| 4. Kapitel: Keine anderweitige Sorge für die Verwaltung                                  | 100  |
| III. Teil:                                                                               |      |
| <b>Anordnung der Beistandschaft</b>                                                      | 123  |
| 1. Kapitel: Verfahren                                                                    | 123  |
| 2. Kapitel: Bestellung des Beistandes                                                    | 132  |
| 3. Kapitel: Veröffentlichung                                                             | 147  |

# VI

## IV. Teil:

|                                                                                           |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Führung und Wirkungen der Beistandschaft</b>                                           | <b>150</b> |
| 1. Kapitel: Amt des Beistandes                                                            | 150        |
| 2. Kapitel: Ausserordentliche Verwaltung bzw. Mitwirkung der vormundschaftlichen Behörden | 203        |
| 3. Kapitel: Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe                             | 220        |

## V. Teil:

|                                                 |            |
|-------------------------------------------------|------------|
| <b>Ende der Beistandschaft</b>                  | <b>247</b> |
| 1. Kapitel: Ende der Verbeiständung             | 247        |
| 2. Kapitel: Ende des beistandschaftlichen Amtes | 251        |
| 3. Kapitel: Folgen der Beendigung               | 260        |

## INHALTSVERZEICHNIS

|                                       |                                                                                            |    |
|---------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Einleitung                            |                                                                                            | 1  |
| I. TEIL                               |                                                                                            |    |
| Allgemeine Ordnung der Beistandschaft |                                                                                            | 4  |
| 1. Kapitel =                          |                                                                                            |    |
| § 1.                                  | Zweck der Beistandschaft                                                                   | 4  |
| 2. Kapitel =                          |                                                                                            |    |
| § 2.                                  | Anwendung des Vormundschaftsrechtes auf die Beistandschaft<br>im allgemeinen (ZGB 367 III) | 5  |
| 3. Kapitel                            | Zuständigkeit                                                                              | 6  |
| § 3.                                  | Sachliche Zuständigkeit                                                                    | 6  |
|                                       | A. Ausschluss ausservormundschaftlicher Instanzen                                          | 6  |
|                                       | B. Vormundschaftsbehörde als zuständige Instanz                                            | 6  |
|                                       | C. Präsidialverfügungen                                                                    | 7  |
| § 4.                                  | Örtliche Zuständigkeit                                                                     | 7  |
|                                       | A. Fälle ohne internationale Implikationen (ZGB 396 II)                                    | 7  |
|                                       | I. Allgemeines                                                                             | 7  |
|                                       | II. Kompetenzkonflikte                                                                     | 8  |
|                                       | B. Fälle mit internationalen Implikationen                                                 | 8  |
|                                       | I. Prinzipien                                                                              | 9  |
|                                       | 1. Ausländische AG                                                                         | 9  |
|                                       | 2. Schweizerische AG                                                                       | 10 |
|                                       | 3. Vermeidung von Kollisionen                                                              | 10 |
|                                       | a) Ausländische AG                                                                         | 10 |
|                                       | b) Schweizerische AG                                                                       | 11 |
|                                       | II. Anwendbares Recht                                                                      | 12 |
|                                       | 1. Regel: Schweizerisches Recht                                                            | 12 |
|                                       | 2. Ausnahme: Ausländisches Recht                                                           | 12 |
|                                       | a) Existenz (Rechts-) und Handlungsfähigkeit der AG                                        | 12 |
|                                       | b) Vorbehalt des ordre public                                                              | 13 |
|                                       | III. Zuständige Behörde                                                                    | 13 |
|                                       | 1. Schweizerische AG                                                                       | 13 |
|                                       | 2. Ausländische AG                                                                         | 13 |
| 4. Kapitel                            | Übertragung der Beistandschaft                                                             | 14 |
| § 5.                                  | Inländische Fälle                                                                          | 15 |
|                                       | A. Voraussetzungen der Übertragung                                                         | 15 |
|                                       | I. Zustimmung der Vormundschaftsbehörde zur Verlegung<br>des Verwaltungshauptsitzes        | 15 |
|                                       | II. Längere Dauer des neuen Verwaltungshauptsitzes                                         | 15 |
|                                       | III. Rechtskräftiger Übergabebeschluss der alten<br>Vormundschaftsbehörde                  | 15 |

|              |                                                                           |    |
|--------------|---------------------------------------------------------------------------|----|
|              | IV. Rechtskräftiger Übernahmebeschluss der neuen<br>Vormundschaftsbehörde | 16 |
|              | B. Einzelfragen                                                           | 16 |
|              | I. Neuer Beistand?                                                        | 16 |
|              | II. Veröffentlichung (ZGB 377 III)                                        | 17 |
|              | III. Ansprüche                                                            | 17 |
|              | IV. Rechtsmittel                                                          | 18 |
|              | 1. Vormundschaftliche Beschwerde (ZGB 420)                                | 18 |
|              | 2. Bundesgerichtliche                                                     | 18 |
| § 6.         | Internationale Fälle                                                      | 19 |
|              | A. Ausländische AG                                                        | 19 |
|              | I. Zuständiger Staat                                                      | 19 |
|              | II. Grundsätze                                                            | 20 |
|              | III. Verfahren                                                            | 20 |
|              | B. Schweizerische AG                                                      | 21 |
| 5. Kapitel = |                                                                           |    |
| § 7.         | Interkantonale Rechtshilfe                                                | 21 |
| 6. Kapitel = |                                                                           |    |
| § 8.         | Kantonale Verordnungen nach ZGB 425 im allgemeinen                        | 22 |
|              | A. Umfang                                                                 | 22 |
|              | B. Verpflichtung und Relativität der Genehmigung                          | 22 |
|              | C. Rechtsform und Rechtskraft                                             | 23 |
| 7. Kapitel   | Rechtsmittel                                                              | 24 |
| § 9.         | Beschwerde                                                                | 24 |
|              | A. Zweck                                                                  | 24 |
|              | B. Rechtsnatur                                                            | 24 |
|              | C. Stellung der vormundschaftlichen Behörden                              | 25 |
|              | I. Aufsichtsrecht und Eingreifen von Amtes wegen                          | 25 |
|              | II. Rechtsbehelfe                                                         | 25 |
|              | 1. Aufsichtsbeschwerde                                                    | 26 |
|              | 2. Wiedererwägungsgesuch                                                  | 26 |
|              | D. Zeitliche Begrenzung                                                   | 27 |
|              | E. Beschwerdegegenstand                                                   | 27 |
|              | I. Beim Beistand (ZGB 420 I)                                              | 27 |
|              | 1. Handlungen und Unterlassungen                                          | 27 |
|              | 2. Verhalten in beistandschaftlichen Angelegenheiten                      | 28 |
|              | II. Bei den vormundschaftlichen Behörden (ZGB 420 II)                     | 28 |
|              | III. ZGB 420 als umfassendes Rechtsmittel                                 | 28 |
|              | IV. Ausschluss zivilrechtlicher Streitigkeiten                            | 29 |
|              | F. Beschwerdegründe                                                       | 30 |
|              | I. Rechtswidrigkeit                                                       | 30 |
|              | II. Handhabung des Ermessens                                              | 30 |
|              | 1. Grundsatz und Doktrin                                                  | 30 |
|              | 2. Praxis                                                                 | 31 |
|              | a) Zulassung der Ermessenskontrolle                                       | 31 |
|              | b) Ausschluss der Ermessenskontrolle                                      | 31 |
|              | c) Spezialfall bei zweigliedriger Aufsichtsbehörde                        | 32 |
|              | 3. Modalität                                                              | 32 |
|              | G. Aktivlegitimation                                                      | 32 |
|              | I. Beistand                                                               | 33 |

|       |                                                 |    |
|-------|-------------------------------------------------|----|
| II.   | Interessierte Dritte                            | 33 |
| 1.    | Beschwerde im Interesse des Verbeiständeten     | 34 |
| 2.    | Beschwerde in eigenem Interesse                 | 34 |
| a)    | Herrschende Meinung                             | 34 |
| b)    | Minderheit                                      | 34 |
| III.  | Vormundschaftsbehörde                           | 35 |
| 1.    | Keine Legitimation                              | 35 |
| a)    | Argumente                                       | 35 |
| b)    | Auswege                                         | 36 |
| 2.    | Beschränkte Legitimation                        | 36 |
| 3.    | Allgemeine Legitimation                         | 36 |
| H.    | Beschwerde an die obere Aufsichtsbehörde        | 37 |
| I.    | Verfahren                                       | 38 |
| I.    | Offizialmaxime                                  | 38 |
| 1.    | Grundsatz                                       | 38 |
| 2.    | Nova und fehlende Bindung an Anträge            | 38 |
| II.   | Akteneinsicht                                   | 39 |
| 1.    | Positive Umschreibung                           | 39 |
| 2.    | Negative Umschreibung                           | 40 |
| III.  | Zuständigkeit                                   | 40 |
| 1.    | Örtlich                                         | 40 |
| 2.    | Sachlich                                        | 40 |
| 3.    | Ausstand                                        | 41 |
| IV.   | Formerfordernisse                               | 41 |
| V.    | Fristen und Mitteilungen                        | 42 |
| 1.    | Mitteilung                                      | 42 |
| 2.    | Unrichtige Rechtsmittelbelehrung                | 42 |
| 3.    | Fristberechnung                                 | 43 |
| 4.    | Härte und Nachgiebigkeit der Fristen            | 43 |
| 5.    | Heilung der Fristversäumnis                     | 44 |
| a)    | Nicht durch Fristerstreckung                    | 44 |
| b)    | Fristwiederherstellung                          | 44 |
| VI.   | Anträge und Begründung der Beschwerde           | 45 |
| VII.  | Prüfungen, Rechtshängigkeit und deren Wirkungen | 45 |
| VIII. | Ermittlungsstadium                              | 46 |
| 1.    | Vernehmlassung                                  | 46 |
| 2.    | Beweisaufnahme                                  | 47 |
| 3.    | Ein Spezialfall?                                | 47 |
| K.    | Erledigung                                      | 48 |
| I.    | Formelles                                       | 48 |
| II.   | Abschreibung und Nichteintreten                 | 49 |
| III.  | Sachentscheid                                   | 49 |
| L.    | Kosten                                          | 50 |
| M.    | Weiterziehung über Aufsichtsbehörde             | 50 |
|       | Anrufung des Bundesgerichts                     | 51 |
| A.    | Berufung (OG 43 ff.)                            | 51 |
| B.    | Nichtigkeitsbeschwerde (OG 68 ff.)              | 52 |
| C.    | Staatsrechtliche Klage (OG 83e)                 | 53 |
| D.    | Staatsrechtliche Beschwerde (OG 84 ff.)         | 53 |
| I.    | Beschwerdegrund                                 | 53 |
| II.   | Aktivlegitimation                               | 53 |
| E.    | Verwaltungsgerichtsbeschwerde (OG 97 ff.)       | 54 |
| F.    | Kosten                                          | 54 |

## II. TEIL:

|                                                                                               |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>Voraussetzungen der Beistandschaft</b>                                                     | <b>55</b> |
| 1. Kapitel =                                                                                  |           |
| § 11. Vermögen                                                                                | 55        |
| 2. Kapitel Körperschaft als Vermögensträgerin                                                 | 56        |
| § 12. Allgemeines                                                                             | 56        |
| § 13. Besonderheiten bei der AG                                                               | 56        |
| A. Anwendbarkeit von ZGB 393 Ziff. 4 auf die AG                                               | 56        |
| B. Beistandschaft für die AG als ein mit Zurückhaltung zu handhabender Notbehelf              | 57        |
| C. ZGB 393 Ziff. 4 als einziges auf die AG anwendbares vormundschaftsrechtliches Institut     | 57        |
| 3. Kapitel Mangel der für die Verwaltung erforderlichen Organe                                | 58        |
| 1. Abschnitt Organe im allgemeinen                                                            | 58        |
| § 14. Organbegriff                                                                            | 58        |
| A. Organe als Funktionsträger                                                                 | 58        |
| B. Organe als nach aussen auftretender Funktionsträger                                        | 59        |
| I. Organ als Voraussetzung der Handlungsfähigkeit der AG                                      | 59        |
| II. Organ als Exekutive                                                                       | 59        |
| 1. Problematik der Begriffsbestimmung                                                         | 59        |
| 2. Relevanz eines Organbegriffes für die AG?                                                  | 59        |
| 3. Formale Betrachtungsweise                                                                  | 60        |
| 4. Funktionale Betrachtungsweise                                                              | 60        |
| a) Entwicklung der Rechtsprechung des BGer.                                                   | 60        |
| aa) Vor Inkrafttreten des ZGB                                                                 | 60        |
| bb) Nach Inkrafttreten des ZGB                                                                | 60        |
| cc) Jüngste Entscheide                                                                        | 61        |
| b) Doktrin                                                                                    | 61        |
| aa) Organdefinition                                                                           | 61        |
| bb) Massgebliche und unmassgebliche Gesichtspunkte                                            | 62        |
| § 15. Organe der AG                                                                           | 63        |
| A. Gesetzliche Organe                                                                         | 63        |
| I. Ordentliche Organe                                                                         | 63        |
| II. Ausserordentliche Organe                                                                  | 63        |
| B. Statutarische Organe                                                                       | 63        |
| C. Faktische Organe                                                                           | 64        |
| § 16. Unternehmerische Funktionen und ihre Zuordnung zu den verschiedenen Organen             | 64        |
| A. Willensbildung                                                                             | 64        |
| B. Ausführungs- und Handlungsfunktion                                                         | 65        |
| C. Vorwiegend formelle Kontrolle der rechtlichen und buchhalterischen Tätigkeit der Exekutive | 65        |

|               |                                                                                          |    |
|---------------|------------------------------------------------------------------------------------------|----|
|               | D. Materielle Aufsicht über Zweckmässigkeit und Angemessenheit der Ausführungshandlungen | 66 |
|               | I. Fehlen eines eigentlichen Aufsichtsorgans                                             | 66 |
|               | II. Möglichkeit der Aufsichtsorganisation                                                | 66 |
| 2. Abschnitt: | Erforderliche Organe                                                                     | 67 |
| § 17.         | Bedeutung des Ausdruckes "erforderlich" in ZGB 393 Ziff. 4                               | 67 |
| § 18.         | Kontrollstelle als erforderliches Organ                                                  | 67 |
| § 19.         | GV als erforderliches Organ                                                              | 68 |
|               | A. Leitfall                                                                              | 68 |
|               | B. Diskussion                                                                            | 69 |
|               | I. Polarisierte Meinungen                                                                | 69 |
|               | II. GV mit dem einzigen Verwaltungsrat                                                   | 69 |
|               | III. Notwendigkeit einer andern GV                                                       | 70 |
|               | 1. Decharge                                                                              | 70 |
|               | 2. Demission des Verwaltungsrats                                                         | 70 |
|               | 3. Anwesenheitsquoten und qualifizierte Beschlüsse                                       | 70 |
|               | a) Ablehnung der Verbeiständung                                                          | 70 |
|               | b) Befürwortung der Verbeiständung                                                       | 71 |
| § 20.         | Verwaltung als erforderliches Organ                                                      | 72 |
|               | A. Verwaltungsrat                                                                        | 72 |
|               | B. Ausserordentliche Organe                                                              | 72 |
|               | C. Statutarische Organe                                                                  | 72 |
|               | D. Faktische Organe                                                                      | 72 |
| 3. Abschnitt: | Mangel des Organes                                                                       | 73 |
| § 21.         | Allgemeines                                                                              | 73 |
| § 22.         | Handlungsunfähigkeit der Verwaltungsorgane                                               | 74 |
|               | A. Zusammensetzung des Verwaltungsorganes                                                | 74 |
|               | I. Bestrittene Wahl                                                                      | 75 |
|               | II. Der Verwaltungsrat ist nicht Aktionär                                                | 76 |
|               | III. Mangelnder Eintrag des Verwaltungsrats im Handelsregister                           | 76 |
|               | IV. Mehrheit von Ausländern im Verwaltungsrat                                            | 76 |
|               | V. Unfähigkeit des Verwaltungsrates                                                      | 77 |
|               | VI. Verlust der Aktionäreigenschaft des Verwaltungsrates                                 | 78 |
|               | VII. Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte                                                | 78 |
|               | VIII. Konkurs des Verwaltungsrates                                                       | 79 |
|               | IX. Demission des Verwaltungsrates                                                       | 79 |
|               | 1. Auflösbarkeit des Mandates von Seiten des Verwaltungsrates                            | 79 |
|               | 2. Einschränkung im Falle der Demission aller oder des einzigen Verwaltungsrates         | 80 |
|               | a) Modell Bachtler                                                                       | 80 |
|               | b) Modell der Vormundschaftsbehörde Stadt Schaffhausen                                   | 80 |
|               | c) Modell Schroff                                                                        | 81 |
|               | d) Modell Schaub                                                                         | 81 |
|               | e) Modell von Waldkirch                                                                  | 82 |

|             |                                                                   |     |
|-------------|-------------------------------------------------------------------|-----|
|             | 3. Verbeiständung                                                 | 82  |
| X.          | Abberufung des Verwaltungsrates                                   | 83  |
| XI.         | Zeitablauf                                                        | 84  |
| XII.        | Abwesenheit des Verwaltungsrates                                  | 84  |
| XIII.       | Krankheit des Verwaltungsrates                                    | 85  |
| XIV.        | Freiheitsstrafe des Verwaltungsrates                              | 85  |
| XV.         | Bevormundung des Verwaltungsrates                                 | 86  |
|             | 1. Auswirkung auf Handlungsfähigkeit                              | 86  |
|             | 2. Zu wählender Verwaltungsrat muss lediglich urteilsfähig sein   | 86  |
|             | 3. Verbeiständung der AG                                          | 87  |
| XVI.        | Verbeiständung oder Verbeiraturung des Verwaltungsrates           | 87  |
| XVII.       | Tod des Verwaltungsrates                                          | 87  |
|             | 1. Allgemeines                                                    | 87  |
|             | 2. Verstorbener Verwaltungsrat als Alleinaktionär                 | 88  |
| XVIII.      | Nichtanerkennung einer Verwaltung                                 | 88  |
| XIX.        | Besonderheiten bei Liquidation                                    | 89  |
|             | 1. OR 741 I                                                       | 89  |
|             | 2. OR 741 II                                                      | 90  |
|             | 3. Sonderfälle                                                    | 90  |
| B.          | Interessenkollision                                               | 91  |
| I.          | Einfluss auf Handlungsfähigkeit                                   | 91  |
|             | 1. Stellvertretungsrecht                                          | 91  |
|             | 2. Übertragung auf Organe der juristischen Person                 | 92  |
|             | a) Anwendung der Stellvertretungsregeln                           | 92  |
|             | b) Ausnahme für Doppelvertretung?                                 | 93  |
|             | 3. Besonderheiten bei der AG                                      | 93  |
| II.         | Beistandschaft                                                    | 95  |
|             | 1. Regel                                                          | 95  |
|             | 2. Ausnahmen                                                      | 95  |
|             | a) Anfechtung von GV-Beschlüssen im besonderen                    | 95  |
|             | b) Einmanngesellschaft                                            | 96  |
| C.          | Stimmengleichheit                                                 | 96  |
| I.          | Vorkommen                                                         | 96  |
|             | 1. Im Verwaltungsrat                                              | 96  |
|             | 2. In der GV                                                      | 97  |
| II.         | Beistandschaft                                                    | 97  |
|             | 1. Ablehnung                                                      | 97  |
|             | 2. Befürwortung                                                   | 98  |
|             | a) Allgemein                                                      | 98  |
|             | b) GV im besonderen                                               | 98  |
|             | c) Verwaltung im besonderen                                       | 98  |
| § 23.       | Fehlende Verbindung zwischen Verwaltungsorgan und Vermögen der AG | 99  |
| 4. Kapitel: | Keine anderweitige Sorge für die Verwaltung                       | 100 |
| § 24.       | Allgemeines                                                       | 100 |
| § 25.       | Privatrechtliche Rechtshilfen                                     | 101 |
| A.          | Ersatz eines Organes durch ein anderes?                           | 101 |
| I.          | Fehlen der Verwaltung                                             | 101 |
|             | 1. Ein Entscheid des Bundesgerichtes                              | 101 |
|             | 2. Ersatz der Verwaltung durch GV?                                | 101 |
|             | 3. Ersatz der Verwaltung durch die Kontrollstelle?                | 102 |

|       |                                                                                       |     |
|-------|---------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| II.   | Fehlen der GV                                                                         | 102 |
| III.  | Fehlen der Kontrollstelle                                                             | 102 |
| IV.   | Folgerung                                                                             | 102 |
| B.    | Einberufung einer GV als Abhilfe                                                      | 103 |
| I.    | Einberufung zur Wahl von Verwaltungsrat oder Kontrollstelle                           | 103 |
| 1.    | Einberufung durch die Verwaltung (OR 699 I)                                           | 103 |
| 2.    | Einberufung durch Kontrollstelle (OR 699 I)                                           | 103 |
| 3.    | Einberufung durch Liquidator (OR 699 I)                                               | 104 |
| 4.    | Einberufung durch Vertreter der Anleiensgläubiger (OR 699 I, 1159 I)                  | 104 |
| 5.    | Einberufung durch Richter (OR 699 IV i.V.m. III)                                      | 104 |
| 6.    | Einberufung durch besonderes, statutarisch ermächtigtes Organ                         | 104 |
| 7.    | Abhaltung einer Universalsammlung (OR 701)                                            | 105 |
| II.   | Wahl eines speziellen Bevollmächtigten                                                | 105 |
| 1.    | Allgemeine Zulässigkeit                                                               | 105 |
| 2.    | Bei Fehlen der Verwaltung im besonderen                                               | 106 |
| C.    | Sonderfälle                                                                           | 106 |
| I.    | Erben eines Alleinaktionärs und einzigen Verwaltungsrates während der Ausschlussfrist | 106 |
| II.   | Verwaltungsloser Nachlass in konkursamtlicher Liquidation                             | 107 |
| § 26. | Handeln der Vormundschaftsbehörde                                                     | 107 |
| A.    | Prinzipielle Zulässigkeit                                                             | 107 |
| B.    | Bei Dringlichkeit aufgrund von ZGB 386                                                | 108 |
| I.    | Anwendungsbereich im allgemeinen                                                      | 109 |
| II.   | Anwendung von ZGB 386 I                                                               | 109 |
| 1.    | Voraussetzungen                                                                       | 109 |
| a)    | Zeitlich                                                                              | 109 |
| b)    | Sachlich                                                                              | 110 |
| 2.    | Massregeln im einzelnen                                                               | 110 |
| a)    | Allgemein                                                                             | 110 |
| b)    | Massnahmen nach ZGB 398 ff.                                                           | 111 |
| c)    | Sperrung von Bankdepots und Grundbuch                                                 | 112 |
| d)    | SchKG 47 II                                                                           | 112 |
| 3.    | Wirkung der Massnahmen                                                                | 113 |
| III.  | Anwendung von ZGB 386 II/III                                                          | 113 |
| 1.    | Voraussetzungen                                                                       | 114 |
| 2.    | Veröffentlichungen (ZGB 386 III)                                                      | 115 |
| 3.    | Massnahmen                                                                            | 115 |
| 4.    | Vorläufiger Vertreter                                                                 | 115 |
| 5.    | Ende der Massnahmen nach ZGB 386 II                                                   | 116 |
| IV.   | Gemeinsame Grundsätze für ZGB 386                                                     | 117 |
| 1.    | Zuständigkeit                                                                         | 117 |
| 2.    | Verfahren                                                                             | 117 |
| § 27. | Handeln des Richters bei Prozessunfähigkeit der AG                                    | 118 |
| A.    | Tatbestand                                                                            | 118 |
| B.    | Notwendigkeit der Behebung des Mangels                                                | 118 |
| C.    | Lösungsmöglichkeiten                                                                  | 119 |
| I.    | Einbezug von Generalversammlung oder Kontrollstelle?                                  | 119 |
| II.   | Bestellung eines besonderen Prozessvertreters                                         | 119 |
| III.  | Beistandernennung nach ZGB 393 Ziff. 4                                                | 119 |

## XIV

|       |                                                      |     |
|-------|------------------------------------------------------|-----|
| § 28. | Abgrenzungen                                         | 120 |
|       | A. OR 625 II                                         | 120 |
|       | I. Tatbestand                                        | 120 |
|       | II. Verhältnis von OR 625 II und ZGB 393 Ziff. 4     | 120 |
|       | B. OR 736 Ziff. 4                                    | 121 |
|       | I. Tatbestand                                        | 121 |
|       | II. Verhältnis von OR 736 Ziff. 4 zu ZGB 393 Ziff. 4 | 122 |
|       | C. HRV 89                                            | 122 |
|       | D. OR 711 IV/HRV 86                                  | 122 |

### III. TEIL:

## Anordnung der Beistandschaft 123

|             |                                                      |     |
|-------------|------------------------------------------------------|-----|
| 1. Kapitel: | Verfahren                                            | 123 |
| § 29.       | Antragsrecht                                         | 123 |
|             | A. Abgrenzung gegenüber Anzeige                      | 123 |
|             | B. Bundesrecht und kantonales Recht                  | 123 |
|             | C. Kreis der Legitimierten                           | 124 |
|             | I. Ausdehnung                                        | 124 |
|             | II. Einschränkung                                    | 125 |
| § 30.       | Tätigkeit der Vormundschaftsbehörde                  | 125 |
|             | A. Feststellung der Voraussetzungen                  | 125 |
|             | B. Anordnung der Beistandschaft von Amtes wegen      | 126 |
|             | C. Anordnungsbeschluss                               | 126 |
| § 31.       | Kantonales und Bundesrecht                           | 124 |
|             | A. Bedeutung von ZGB 397 I                           | 127 |
|             | B. Anhörung (ZGB 374 I)                              | 127 |
|             | I. Anwendbarkeit auf AG                              | 127 |
|             | II. Konkretisierung                                  | 128 |
|             | 1. Prinzipien                                        | 128 |
|             | 2. Rechtsmittelverfahren                             | 129 |
|             | C. OG 51 f.                                          | 130 |
|             | D. Rechtsmittelverfahren                             | 130 |
|             | I. Allgemein                                         | 130 |
|             | II. Legitimation zur Anfechtung einer Verbeiständung | 130 |
|             | E. Kosten                                            | 131 |
| 2. Kapitel  | Bestellung des Beistandes                            | 132 |
| § 32.       | Die einfache Beistandschaft                          | 132 |
|             | A. Voraussetzungen in der Person des Beistandes      | 132 |
|             | I. Im allgemeinen (ZGB 397 I)                        | 132 |
|             | 1. Eignung                                           | 132 |
|             | 2. Nur natürliche oder auch juristische Person?      | 133 |
|             | II. Beistand des Vertrauens (ZGB 381)                | 133 |
|             | III. Amtspflicht (ZGB 382)                           | 134 |
|             | IV. Ablehnungsgründe (ZGB 383)                       | 134 |
|             | V. Ausschliessungsgründe (ZGB 384)                   | 135 |

|                                                                  |     |
|------------------------------------------------------------------|-----|
| B. Wahlverfahren                                                 | 136 |
| I. Ernennung des Beistandes (ZGB 385 I)                          | 136 |
| II. Vorläufige Fürsorge (ZGB 386)                                | 136 |
| III. Mitteilung der Wahl (ZGB 387 I)                             | 136 |
| IV. Ablehnung und Anfechtung (ZGB 388–390)                       | 137 |
| 1. Geltendmachung (ZGB 388)                                      | 137 |
| a) Ablehnung (ZGB 388 I)                                         | 137 |
| b) Anfechtung (ZGB 388 II)                                       | 138 |
| 2. Tätigkeit der vormundschaftlichen Behörden (ZGB 388 III, 390) | 138 |
| 3. Provisorische Amtsführungspflicht (ZGB 389)                   | 139 |
| a) Inhalt                                                        | 139 |
| b) Ausnahme                                                      | 139 |
| c) Erzwingung                                                    | 140 |
| V. Amtsübergabe (ZGB 391)                                        | 140 |
| § 33. Mehrfache Beistandschaft insbesondere                      | 141 |
| A. Zulässigkeit                                                  | 141 |
| B. Voraussetzungen                                               | 142 |
| C. Gemeinsame oder geteilte Amtsführung                          | 142 |
| I. Gemeinsame Amtsführung                                        | 143 |
| II. Geteilte Amtsführung                                         | 143 |
| III. Sonderfälle                                                 | 144 |
| D. Funktionsweise                                                | 144 |
| I. Gemeinsame Amtsführung                                        | 144 |
| 1. Beschlüsse                                                    | 144 |
| 2. Handeln                                                       | 145 |
| II. Geteilte Amtsführung                                         | 145 |
| III. Beschwerden                                                 | 146 |
| IV. Verantwortlichkeit (ZGB 426)                                 | 146 |
| E. Ende                                                          | 146 |
| 3. Kapitel =                                                     |     |
| § 34. Veröffentlichung                                           | 147 |
| A. Regel mit Ausnahmen                                           | 147 |
| B. ZGB 397 II im Verhältnis zu 375 I und 387 II                  | 148 |
| C. Wirkung der Publikation                                       | 149 |
| IV. TEIL:                                                        |     |
| <b>Führung und Wirkungen der Beistandschaft</b>                  | 150 |
| 1. Kapitel Amt des Beistandes                                    | 150 |
| § 35. Rechtsstellung des Beistandes                              | 150 |
| A. Zur Rechtsnatur                                               | 150 |
| I. Strafrecht                                                    | 150 |
| II. Zivilrecht                                                   | 150 |
| 1. Gesetzlicher Vertreter                                        | 150 |
| 2. Organ?                                                        | 151 |
| B. Relative Selbständigkeit des Beistandes                       | 151 |
| I. Prinzip der Selbständigkeit                                   | 151 |

|       |                                                |     |
|-------|------------------------------------------------|-----|
| II.   | Aufsicht der vormundschaftlichen Behörden      | 152 |
| 1.    | Ableitung aus Mitwirkungsrecht                 | 152 |
| 2.    | Weisungen                                      | 152 |
| 3.    | Einschreiten                                   | 153 |
| III.  | Abgrenzung                                     | 153 |
| C.    | Der Beistand als Vertreter                     | 153 |
| I.    | Anfang, Inhalt und Ende                        | 154 |
| II.   | Zurechenbarkeit seines Verhaltens              | 154 |
| 1.    | Wille und Kenntnisse                           | 155 |
| 2.    | Indirekte Stellvertretung                      | 155 |
| 3.    | Überschreitung der Vertretungsmacht            | 156 |
| 4.    | Unerlaubte Handlungen                          | 156 |
| III.  | Verbotene Geschäfte (ZGB 408)                  | 157 |
| 1.    | Anwendungsbereich                              | 157 |
| 2.    | Inhalt                                         | 157 |
| a)    | Bürgschaften                                   | 157 |
| b)    | Stiftungen und erhebliche Schenkungen          | 158 |
| 3.    | Nichtigkeit verbotener Geschäfte?              | 159 |
| IV.   | Delegation von Vertretungskompetenzen          | 159 |
| V.    | Einfluss der AG                                | 160 |
| VI.   | Vertretung im öffentlichen Recht               | 160 |
| VII.  | Interessenkollision (ZGB 392 Ziff. 2 i.V.m. 3) | 161 |
| 1.    | Voraussetzungen                                | 161 |
| 2.    | Folgen                                         | 161 |
| § 36. | Besondere Aufgaben des Beistandes              | 162 |
| A.    | Allgemeines                                    | 162 |
| B.    | Interessenkollision und Stimmgleichheit        | 162 |
| C.    | Fehlen der Organe                              | 163 |
| I.    | Veranlassung der Wahl einer Verwaltung         | 163 |
| II.   | Handeln anstelle der GV                        | 163 |
| § 37. | Ordentliche Vermögensverwaltung                | 164 |
| A.    | Bei Amtsübernahme                              | 164 |
| I.    | Inventar                                       | 164 |
| 1.    | Zweck                                          | 164 |
| 2.    | Anwendbarkeit auf Beistandschaft               | 165 |
| 3.    | Arten                                          | 166 |
| 4.    | Inhalt                                         | 166 |
| 5.    | Verfahren                                      | 167 |
| a)    | Zeitpunkt                                      | 167 |
| b)    | Auskunftsverpflichtete                         | 167 |
| c)    | Rechte des Verbeiständeten (ZGB 398 II)        | 168 |
| d)    | Privates Inventar insbesondere                 | 168 |
| e)    | Öffentliches Inventar insbesondere             | 169 |
| f)    | Kosten                                         | 169 |
| 6.    | Wirkungen des öffentlichen Inventars           | 170 |
| a)    | Begrenzung                                     | 170 |
| b)    | ZGB 590 I                                      | 170 |
| c)    | ZGB 590 II/III                                 | 171 |
| d)    | Forderungen nach ZGB 583 I                     | 171 |
| e)    | Unterliegen Steuerforderungen ZGB 590?         | 171 |
| II.   | Vermögensanlage                                | 172 |
| 1.    | Verwahrung von Wertsachen (ZGB 399)            | 172 |
| a)    | Grundsatz und Ausnahmen                        | 172 |
| b)    | Aufbewahrungsort                               | 173 |

|                                                                           |     |
|---------------------------------------------------------------------------|-----|
| c) Spezielles für die AG                                                  | 174 |
| 2. Veräußerung beweglicher Sachen (ZGB 400)                               | 174 |
| 3. Anlage von Barschaft (ZGB 401)                                         | 174 |
| a) Mündelsicherheit positiv                                               | 174 |
| b) Mündelsicherheit negativ                                               | 175 |
| c) Objektive Anlagegrundsätze                                             | 176 |
| d) Subjektive Anlagegrundsätze                                            | 177 |
| e) Anlage in einer Kasse                                                  | 178 |
| f) Anlage in Obligationen                                                 | 179 |
| g) Titel mit Pfandsicherheit                                              | 180 |
| h) Anlagen in Grundstücken                                                | 180 |
| i) Anlage in Aktien                                                       | 181 |
| k) Anlage in Fonds                                                        | 182 |
| l) Ausländische Anlagen                                                   | 182 |
| m) Verhältnis von Beistand und vormundschaftlicher<br>Behörde bei Anlagen | 183 |
| n) Anlagepflicht und Ausnahme                                             | 183 |
| o) Abgrenzung der Anlage von Transaktionen                                | 184 |
| 4. Umwandlung von Kapitalanlagen (ZGB 402)                                | 185 |
| a) Anwendungsbereich                                                      | 185 |
| b) Sicherheit nach ZGB 401 und 402                                        | 185 |
| c) Prüfungspflicht und Umwandlungszeit                                    | 186 |
| d) Verhältnis von Beistand und vormund-<br>schaftlicher Behörde           | 186 |
| 5. Behandlung von Grundstücken (ZGB 404)                                  | 187 |
| a) Anwendungsbereich (Abs. I)                                             | 187 |
| b) Die Rolle der Vormundschaftsbehörde                                    | 188 |
| c) Die Rolle der Aufsichtsbehörde (Abs. III)                              | 188 |
| III. Entscheid über Schicksal des Geschäftes (ZGB 403)                    | 189 |
| 1. Begriff des Geschäftes und Bedeutung der Vorschrift                    | 189 |
| 2. Entscheidungsstadium und Liquidation                                   | 190 |
| 3. Führung des Geschäftes durch Beistand                                  | 191 |
| B. Während der Amtsdauer                                                  | 192 |
| I. Verweis auf A.                                                         | 192 |
| II. Gewöhnliche Verwaltung                                                | 192 |
| 1. Grundsatz und Umfang                                                   | 192 |
| 2. Inhalt                                                                 | 193 |
| a) Sorgfalt (ZGB 413 I)                                                   | 193 |
| b) Verwaltung des Vermögens (ZGB 419 I)                                   | 193 |
| c) Erhaltung des Vermögens (ZGB 419 I)                                    | 194 |
| III. Rechnungsführung und -ablage insbesondere                            | 194 |
| 1. Pflicht des Beistandes                                                 | 194 |
| a) Grundsatz                                                              | 194 |
| b) Gestaltung                                                             | 195 |
| c) Erzwingung                                                             | 195 |
| d) Beizug des Verbeiständeten (ZGB 413 III)                               | 196 |
| 2. Prüfung (ZGB 423)                                                      | 196 |
| a) Tätigkeit der vormundschaftlichen Behörden                             | 196 |
| b) Wirkung der Genehmigung und Massnahmen<br>bei Nichtgenehmigung         | 197 |
| c) Zustand nach Prüfungsverfahren                                         | 198 |
| § 38. Amtsdauer und Entschädigung                                         | 198 |
| A. Amtsdauer                                                              | 198 |
| B. Entschädigung                                                          | 199 |
| I. Allgemeines                                                            | 199 |

|            |                                                                                  |     |
|------------|----------------------------------------------------------------------------------|-----|
|            | 1. Prinzip                                                                       | 199 |
|            | 2. Zeitliches                                                                    | 199 |
|            | II. Bemessung der Entschädigung                                                  | 200 |
|            | 1. Grundsatz von ZGB 416                                                         | 200 |
|            | 2. Qualifizierte Arbeit                                                          | 201 |
|            | 3. Auslagenersatz                                                                | 201 |
|            | III. Mittellosigkeit des Verbeiständeten                                         | 201 |
|            | IV. Rechtsmittel und Vollstreckung                                               | 202 |
| 2. Kapitel | Ausserordentliche Verwaltung bzw. Mitwirkung<br>der vormundschaftlichen Behörden | 203 |
| § 39.      | ZGB 419 II                                                                       | 203 |
|            | A. Ausserordentliche Verfügungen                                                 | 203 |
|            | I. Unproblematische Fälle und unmassgebliche<br>Gesichtspunkte                   | 203 |
|            | II. Grenzen der gewöhnlichen Vertretungsmacht                                    | 204 |
|            | 1. Geltung von ZGB 421 f.?                                                       | 204 |
|            | 2. Bestimmung der Vertretungsmacht                                               | 204 |
|            | B. Ermächtigung durch vormundschaftliche Behörde                                 | 205 |
|            | I. Verhältnis Beistand/vormundschaftliche Behörde                                | 205 |
|            | 1. Antrag und Prüfung                                                            | 205 |
|            | 2. Bedeutung der Zustimmung und Ausführung<br>des Geschäftes                     | 206 |
|            | II. Formelles                                                                    | 207 |
| § 40.      | ZGB 421 f.                                                                       | 208 |
|            | A. Allgemeines                                                                   | 208 |
|            | I. Rechtszuständigkeit und Tragweite                                             | 208 |
|            | II. Rolle von Vormundschafts- und Aufsichtsbehörde                               | 209 |
|            | 1. Gegenseitiges Verhältnis                                                      | 209 |
|            | 2. Zweistufige Aufsichtsbehörde                                                  | 210 |
|            | 3. Zustandekommen eines Geschäftes                                               | 210 |
|            | B. Angelegenheiten nach ZGB 421                                                  | 211 |
|            | I. Ziffer 1                                                                      | 211 |
|            | II. Ziffer 2 f.                                                                  | 211 |
|            | III. Ziffern 4–6                                                                 | 212 |
|            | IV. Ziffer 8                                                                     | 213 |
|            | 1. Prozessführung                                                                | 213 |
|            | a) Allgemein                                                                     | 213 |
|            | b) Verantwortlichkeitsprozesse                                                   | 214 |
|            | 2. Vergleich, Nachlass- und Schiedsvertrag                                       | 214 |
|            | 3. Vorbehalte                                                                    | 215 |
|            | V. Ziffern 10 und 14                                                             | 215 |
|            | C. Angelegenheiten nach ZGB 422                                                  | 215 |
|            | I. Ziffer 3                                                                      | 215 |
|            | II. Ziffer 7                                                                     | 216 |
| § 41.      | ZGB 424                                                                          | 217 |
|            | A. Tragweite und Verweisung                                                      | 217 |
|            | B. ZGB 410 II (OR 38)                                                            | 218 |
|            | I. Frist                                                                         | 218 |
|            | II. Entscheid                                                                    | 218 |
|            | 1. Positiv                                                                       | 218 |
|            | 2. Negativ (ZGB 411/OR 39)                                                       | 219 |

|            |                                                                      |     |
|------------|----------------------------------------------------------------------|-----|
| 3. Kapitel | Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe                    | 220 |
| § 42.      | Grundlage (ZGB 426)                                                  | 220 |
|            | A. Anwendbares Recht                                                 | 220 |
|            | B. Voraussetzungen der Verantwortlichkeit                            | 221 |
|            | I. Verletzung einer Sorgfaltspflicht                                 | 221 |
|            | 1. Bestimmung der Sorgfaltspflicht allgemein                         | 221 |
|            | 2. Aufsichtsrecht                                                    | 222 |
|            | a) Freiwillige Mitwirkung                                            | 222 |
|            | b) Unmassgeblichkeit von Zustimmung und Weisungen                    | 223 |
|            | II. Verschulden                                                      | 223 |
|            | III. Schaden                                                         | 225 |
|            | IV. Adäquater Kausalzusammenhang                                     | 225 |
|            | C. Umfang der Verantwortlichkeit                                     | 225 |
|            | I. Zeitlich                                                          | 225 |
|            | II. Materiell                                                        | 226 |
|            | D. Bemessung des Schadenersatzes                                     | 227 |
|            | E. Klagelimitation                                                   | 227 |
|            | I. Verbeiständeter                                                   | 227 |
|            | II. Dritter                                                          | 228 |
|            | F. Miszellen                                                         | 229 |
| § 43.      | Haftungsweisen und Geltendmachung der Verantwortlichkeit             | 230 |
|            | A. Haftung innerhalb einer vormundschaftlichen Behörde (ZGB 428)     | 230 |
|            | I. Umfang der vormundschaftlichen Behörde                            | 230 |
|            | II. Exkulpation                                                      | 230 |
|            | III. Belangung und Haftungsteilung                                   | 231 |
|            | B. Sukzessivhaftung (ZGB 429)                                        | 232 |
|            | I. Vorkommen                                                         | 232 |
|            | II. Ausfall                                                          | 233 |
|            | III. Ausnahmen                                                       | 233 |
|            | 1. Arglist                                                           | 233 |
|            | 2. Durchgriff bei besonderer Rolle einer vormundschaftlichen Behörde | 234 |
|            | C. Haftung des Gemeinwesens (ZGB 427)                                | 234 |
|            | I. Ausfall                                                           | 234 |
|            | II. Haftungsreihe                                                    | 235 |
|            | 1. Allgemeines                                                       | 235 |
|            | 2. Gemeinde- und Kreishaftung im besonderen                          | 235 |
|            | D. Geltendmachung der Verantwortlichkeit (ZGB 430)                   | 235 |
|            | I. Zuständigkeit und Verfahren                                       | 235 |
|            | II. Unabhängigkeit des Richters                                      | 236 |
| § 44.      | Verjährung und Konkursprivileg (ZGB 454 ff.)                         | 236 |
|            | A. Ordentliche Verjährung (ZGB 454)                                  | 237 |
|            | I. Unmittelbare Haftung (Abs. I/III)                                 | 237 |
|            | 1. Zustellung der Schlussrechnung                                    | 237 |
|            | 2. Beistandschaft ohne Schlussrechnung                               | 238 |
|            | II. Mittelbare Haftung (Abs. II/III)                                 | 239 |
|            | B. Ausserordentliche Verjährung (ZGB 455)                            | 239 |
|            | I. Zivilrechtliche Verjährung (Abs. I)                               | 240 |
|            | 1. Rechnungsfehler                                                   | 240 |
|            | 2. Späteres Auftauchen eines Verantwortlichkeitsgrundes              | 240 |
|            | a) Zeitpunkt                                                         | 240 |
|            | b) Inhalt                                                            | 241 |

|      |                                              |     |
|------|----------------------------------------------|-----|
| II.  | Einfluss des Strafrechts (Abs. II)           | 241 |
| 1.   | Voraussetzungen                              | 242 |
| 2.   | Wirkungen                                    | 242 |
| C.   | Konkursprivileg (ZGB 456/SchKG 219 Ziff. 2a) | 243 |
| I.   | Verweisungen                                 | 243 |
| II.  | Erfasste Forderungen                         | 243 |
| III. | Fristen                                      | 244 |
| IV.  | Geltendmachung                               | 245 |
| V.   | Erlöschen des Privilegs                      | 246 |

## V. TEIL:

|                                |                                                              |     |
|--------------------------------|--------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Ende der Beistandschaft</b> |                                                              | 247 |
| 1. Kapitel                     | Ende der Verbeiständung (ZGB 439 II)                         | 247 |
| § 45.                          | Wegfall des Grundes                                          | 247 |
| A.                             | Allgemeines                                                  | 247 |
| B.                             | AG im besonderen                                             | 248 |
| I.                             | Erneutes Funktionieren der Organe                            | 248 |
| II.                            | Liquidation                                                  | 249 |
| § 46.                          | Entlassung des Beistandes                                    | 249 |
| A.                             | Zuständige Behörde und deren Verpflichtung                   | 249 |
| B.                             | Antragsrecht (ZGB 433 II)                                    | 250 |
| C.                             | Kantonales und Bundesrecht (ZGB 434)                         | 251 |
| 2. Kapitel                     | Ende des beistandschaftlichen Amtes (ZGB 441 ff.)            | 251 |
| § 47.                          | Beendigung ipso facto (ZGB 441)                              | 252 |
| § 48.                          | Beendigung durch Entlassung (ZGB 442 ff.)                    | 253 |
| A.                             | Fälle                                                        | 253 |
| I.                             | Ablauf der Amtsdauer (ZGB 442)                               | 253 |
| II.                            | Ausschliessungs- oder Ablehnungsgründe (ZGB 443)             | 253 |
| B.                             | Weiterführungspflicht (ZGB 444)                              | 254 |
| § 49.                          | Beendigung durch Amtsenthebung (ZGB 445 ff.)                 | 254 |
| A.                             | Gründe (ZGB 445)                                             | 254 |
| I.                             | Innere und äussere Abgrenzung                                | 254 |
| II.                            | Die Gründe im einzelnen                                      | 255 |
| 1.                             | Abs. I                                                       | 255 |
| 2.                             | Abs. II                                                      | 256 |
| B.                             | Verfahren (ZGB 446 ff.)                                      | 256 |
| I.                             | Anträge und Vorgehen von Amtes wegen (ZGB 446)               | 256 |
| II.                            | Untersuchung und Entscheid (ZGB 447)                         | 257 |
| 1.                             | Untersuchung und positiver oder negativer Entscheid (Abs. I) | 257 |
| 2.                             | Bestrafung (Abs. II)                                         | 257 |
| III.                           | Massregeln (ZGB 448 f.)                                      | 258 |
| 1.                             | Vorläufige Massregeln (ZGB 448)                              | 258 |
| 2.                             | Weitere Massregeln (ZGB 449)                                 | 259 |

|            |                                                    |     |
|------------|----------------------------------------------------|-----|
|            | IV. Beschwerde (ZGB 450)                           | 259 |
| 3. Kapitel | Folgen der Beendigung (ZGB 451 ff.)                | 260 |
| § 50.      | Schlussrechnung und -bericht und Vermögensübergabe | 260 |
|            | A. Schlussrechnung und -bericht                    | 260 |
|            | I. Erstattung (ZGB 451)                            | 260 |
|            | 1. Schlussrechnung                                 | 260 |
|            | 2. Schlussbericht                                  | 261 |
|            | II. Prüfung und Genehmigung (ZGB 452)              | 261 |
|            | B. Vermögensübergabe (ZGB 451 und 453 I)           | 262 |
| § 51.      | Entlassung und Veröffentlichung                    | 262 |
|            | A. Entlassung (ZGB 453 I)                          | 262 |
|            | B. Veröffentlichung (ZGB 440)                      | 263 |

## ABKÜRZUNGEN

Pluralformen werden nicht besonders erwähnt.

|            |                                                                                                                   |
|------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Abs.       | Absatz                                                                                                            |
| a.E.       | am Ende                                                                                                           |
| AG         | Aktiengesellschaft                                                                                                |
| allg.      | allgemein                                                                                                         |
| a.M.       | anderer Meinung                                                                                                   |
| Anm.       | Anmerkung                                                                                                         |
| a.o.       | ausserordentlich                                                                                                  |
| Art        | Artikel                                                                                                           |
| bes.       | besondere, besonders                                                                                              |
| BGer.      | Bundesgericht                                                                                                     |
| BV         | Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874                                           |
| bzw.       | beziehungsweise                                                                                                   |
| ders.      | derselbe                                                                                                          |
| d.h.       | das heisst                                                                                                        |
| Diss.      | Dissertation                                                                                                      |
| E          | Erwägung                                                                                                          |
| EG         | Einführungsgesetz                                                                                                 |
| f./ff.     | folgende (eine/mehrere Nummern)                                                                                   |
| gl.M.      | gleicher Meinung                                                                                                  |
| GV         | Generalversammlung                                                                                                |
| h.M.       | herrschende Meinung                                                                                               |
| HRV        | V über das Handelsregister vom 7. Juni 1937                                                                       |
| i. allg.   | im allgemeinen                                                                                                    |
| i.d.S.     | in diesem Sinne                                                                                                   |
| i.S. (von) | im Sinne (von)                                                                                                    |
| i.V.m.     | in Verbindung mit                                                                                                 |
| l.c.       | loco citato (am angeführten Ort)                                                                                  |
| Lit., lit. | Literatur, litera                                                                                                 |
| mat.       | materiell                                                                                                         |
| m.E.       | meines Erachtens                                                                                                  |
| N          | Note                                                                                                              |
| NAG        | Bundesgesetz betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter vom 25. Juni 1891 |
| Nr.        | Nummer                                                                                                            |
| OG         | Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943                                   |
| OR         | Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936                                       |
| o.         | ordentlich                                                                                                        |
| S.         | Seite                                                                                                             |
| SchKG      | Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889                                                 |
| SchlT      | Schlusstitel                                                                                                      |
| StGB       | Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937                                                             |
| u.a.       | unter anderem                                                                                                     |
| usw.       | und so weiter                                                                                                     |
| u.U.       | unter Umständen                                                                                                   |
| v.a.       | vor allem                                                                                                         |
| vgl.       | vergleiche                                                                                                        |
| z.B.       | zum Beispiel                                                                                                      |
| ZGB        | Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907                                                             |
| Ziff.      | Ziffer                                                                                                            |

|            |                |
|------------|----------------|
| Zit., zit. | Zitat, zitiert |
| z.T.       | zum Teil       |
| zust.      | zustimmend     |

## LITERATUR

## 1. Monographien, Kommentare, Aufsätze

Die hier aufgeführten Werke werden nur mit dem Autorennamen zitiert, wo nötig mit einem kursiv gedruckten Stichwort.

- Amonn, Kurt: Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 1980
- Albisser, H.: Die Entschädigung des Vormundes eines bedürftigen Mündels, in: ZVW 1 37 ff.
- Alexander, Emil: Die Vormundschaft für Ausländer in der Schweiz und für Auslandschweizer, Bern 1934
- Bachtler, Heinz: Praktische Fragen bezüglich der Beistandschaft für juristische Personen, in: Probleme und Ziele der vormundschaftlichen Fürsorge, Festschrift zum 50jährigen Bestehen der Vereinigung schweizerischer Amtsvormünder, Zürich 1963, S. 217 ff.
- Die *Verantwortlichkeit* der vormundschaftlichen Organe gegenüber Dritten, in: ZVW 12 81 ff.
- Becker, H.: Kommentar zum Schweizerischen ZGB, Band VI: OR
- I. Abteilung: Allg. Bestimmungen (Art. 1–183), 2. Auflage, Bern 1941
  - II. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse (Art. 184–551), Bern 1934
- Blumenstein, Ernst: Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911
- Die Stellung der Vormundschaftsbehörde bei der *Versteigerung* von Mündelgrundstücken, in: MBVR 11 465 ff.
- Boehlen, Marie: Die Beschwerde gemäss Art. 420 II ZGB, in: ZVW 9 41 ff.
- Bokstaller, Josef: Die mehrfache Vormundschaft (Art. 379 II ZGB), Diss. Fribourg 1977
- Braun, Dieter: Beitrag zur Überwindung der Stimmengleichheit im Verwaltungsrat und der GV einer AG, in: SAG 19 57 ff.
- Bucher, Eugen: Schweizerisches OR, Allg. Teil ohne Deliktsrecht, Zürich 1979
- Bürgi, Wolfhart: Kommentar zum Schweizerischen ZGB, V. Band: OR, 5. Teil: Die AG
- b/1: Rechte und Pflichten der Aktionäre (Art. 660–697), Zürich 1957
  - b/2: Art. 698–738, Zürich 1969
  - Die AG und die Kommandit-AG, b/3: Art. 739–771, Zürich 1979
- Curti-Forrer, Eugen: Schweizerisches ZGB mit Erläuterungen, Zürich 1911
- von Dach, Rudolf: Die Kosten der Vormundschaft im Kanton Bern, in: MBVR 39 1 ff.
- Delessert, André: La responsabilité des autorités tutélaires en droit suisse, Diss. Lausanne 1931
- Disler, Heinz: Vermögensanlage, Vermögensverwaltung und Rechnungsablage bei der Vormundschaft, Diss. Basel 1942 (Maschinenschrift)
- Zum Begriff der *Mündelsicherheit* von Wertpapieren, in: SJZ 39 520 f.
- Egger, August: Kommentar zum Schweizerischen ZGB
- I. Band: Einleitung und Personenrecht (Art. 1–89), 2. Auflage, Zürich 1930
  - II. Band: Das Familienrecht, Dritte Abteilung: Die Vormundschaft, Art. 360–456, 2. Auflage, Zürich 1948
  - Missbrauch der *Vertretungsmacht*, in: Festgabe zum 70. Geburtstag von Carl Wieland, Basel 1934, S. 47 ff.
- Escher, A./Escher, Arnold: Kommentar zum Schweizerischen ZGB, III. Band: Erbrecht, Zweite Abteilung: Der Erbgang (Art. 537–640), 3. Auflage, Zürich 1960
- Ezgi, Melih: La responsabilité des autorités tutélaires en droit suisse et en droit turc, Diss. Fribourg 1949
- Fleiner-Gerster, Thomas: Grundzüge des allg. und schweizerischen Verwaltungsrechts, 2. Auflage, Zürich 1980
- Forstmoser, Peter: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1978
- Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur: Einführung in das schweizerische Aktienrecht, 2. Auflage, Bern 1980
- Frei, J.H.: Mündelsicherheit, in: Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens der Schweiz, 3. Auflage, Thun 1977, S. 441 ff.

- Fritzsche, Hans: Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 2. Auflage,  
 – Erster Halbband, Zürich 1967  
 – Zweiter Halbband, Zürich 1968
- Fritz, Fritz: Kommentar des OR, 2. Band: Das Recht der Gesellschaften, Erster Teil, Aarau 1951
- Gautschi, G.: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das OR, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag (Art. 394–406), 3. Auflage, Bern 1971
- Gautschi, Walter: Über die Rechtswirkungen des öffentlichen *Inventars*, in: SJZ 19 338 ff.  
 – Die *Haftung* der Vormundschaftsorgane für Mündelschäden, in: ZBI 28 465 ff.
- Gehriger, Pierre-Olivier: Faktische Organe im Gesellschaftsrecht, Zürich 1979
- Gilliard, François: Le contrat avec soi-même, Diss. Lausanne 1946
- Good, Werner: Die vormundschaftliche Vermögensverwaltung, Diss. Bern 1938
- Guhl, Theo/Merz, Hans/Kummer, Max: Das Schweizerische OR mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 7. Auflage, Zürich 1980
- Guldener, Max: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979
- Gutzwiller, Max: Verbandspersonen, Grundsätzliches, in: Schweizerisches Privatrecht, Zweiter Band: Einleitung und Personenrecht, Basel und Stuttgart 1967, S. 425 ff.
- Hartmann, Rudolf: Der Organbegriff bei der AG, Diss. Bern 1944
- Hauser, Alphonse: Legitimation zur Beschwerde im kantonalen Verfahren und zur Berufung an das BGer. bei Anordnung oder Aufhebung der Vormundschaft, in: ZVW 14 81 ff.
- Hefti, Hans: Die vormundschaftliche Amtsführung nach dem schweizerischen ZGB mit bes. Berücksichtigung der prinzipiellen Selbständigkeit des Vormundes in seiner Amtstätigkeit, Diss. Bern 1914
- Henauer, Dorothea: Publizität im Vormundschaftsrecht des Schweizerischen ZGB, Diss. Zürich 1948
- Hess, C.: Die *Vormundschaft* nach Schweizer Recht, Zürich
- Hess-Haerberli, Max: Zur Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe, in: ZVW 26 81 ff.
- Hofmann, M.: Die vorläufige Fürsorge gemäss Art. 386 I ZGB, in: MBVR 57 161 ff.
- Homberger, A.: Das Schweizerische ZGB, in den Grundzügen dargestellt, 2. Auflage, Zürich 1943
- Imboden, Max/Rhinow, René A.: Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel und Stuttgart 1976 (2 Bände)
- Imhoff, Jean-Pierre: Der vorläufige Entzug der Handlungsfähigkeit nach Art. 386 II des ZGB, in: ZVW 21 9 ff.
- Isenschmid, Josef: Die Vormundschaft über Ausländer in der Schweiz und über Schweizer im Ausland, Bern 1934
- Jaeger, C.: Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, in zwei Bänden, 3. Auflage, Zürich 1911
- Jaeger, C./Daeniker, Marta: Schuldbetreibungs- und Konkurspraxis der Jahre 1911–1945, Erster Band, Zürich 1947
- Jäggi, Peter: Rechtsgutachten für den Regierungsrat des Kantons Solothurn, in: ZBI 49 543 ff.
- Jenny, Franz: Die Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe bei der Anlage von Mündelvermögen, in: ZVW 14 121 ff.
- Junod, Philippe: Recherche sur la responsabilité des organes de la tutelle, étude de droit suisse, Diss. Lausanne 1953  
 – Von der *Verantwortlichkeit* der vormundschaftlichen Organe, in: ZVW 15 89 ff.
- Kaufmann, Joseph: Kommentar zum Schweizerischen ZGB, Band II: Familienrecht, 3. Abteilung: Die Vormundschaft, Art. 360–456, 2. Auflage, Bern 1924  
 – Die *Beistandschaft* für juristische Personen, in: ZVW 8 41 ff.
- Kaufmann, Joseph/Kaufmann Otto K.: Die örtliche Zuständigkeit der vormundschaftlichen Behörden, in: Schweizerische Juristische Kartothek, Nr. 933  
 – Beistandschaft, I.c. Nr. 702
- Keicher, Walter Heinrich: Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters, Bern 1940
- Kissling, Charlotte: Die Stellung des Vormundes, insbesondere seine Auswahl, Eignung, Wahl und die Beendigung seines Amtes, Diss. Zürich 1954

- Knapp, Vera: Die Rechtsstellung des Vormundes, Diss. Basel 1948 (Maschinenschrift)
- Kreis, Willy: Die Haftung der Organe juristischer Personen nach schweizerischem Privatrecht, Diss. Zürich 1936
- Lecoultrre, Roger: Die Vertretungsbeistandschaft, in: ZVW 19 41 ff.
- Lemp, Paul: Vertragsabschluss durch Organe in Doppelstellung, in: *Mélanges en l'honneur de Wilhelm Schönenberger*, Fribourg 1968, S. 309 ff.
- Lindegger, Marianne: Die Rechte des Mündels im schweizerischen ZGB, Bern 1952
- Lüscher, Hans: Die Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe, Diss. Bern 1917
- Marugg, Reto: Die Anknüpfung der organschaftlichen Vertretungsmacht bei der AG im internationalen Privatrecht, Zürich 1975
- Meier-Hayoz, Arthur/Forstmoser, Peter: Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 2. Auflage, Bern 1976
- Mielke, Hubert: Die Rechtsstellung der Hauptversammlung im geltenden und kommenden deutschen Aktienrecht in einem Vergleich mit der Rechtsstellung der schweizerischen GV, Diss. Basel 1964 (Maschinenschrift)
- Oftinger, Karl: Schweizerisches Haftpflichtrecht,
  - Erster Band: Allg. Teil, 4. Auflage, Zürich 1975
  - Zweiter Band: Bes. Teil, Erste Hälfte, 2. Auflage, Zürich 1960
- Oser, Hugo/Schönenberger, Wilhelm: Kommentar zum Schweizerischen ZGB, V. Band: Das OR,
  - Erster Halbband: Art. 1–183, 2. Auflage, Zürich 1929
  - 2. Teil (Halbband): Art. 184–418, 2. Auflage, Zürich 1936
- Ottomann, Rudolf: Die AG als Partei im schweizerischen Zivilprozess, Zürich 1976
- Patry, Robert: *Précis de droit suisse des sociétés*
  - volume I: Les notions fondamentales – Les sociétés sans personnalité juridique, Bern 1976
  - volume II: La société anonyme, Les sociétés mixtes, Bern 1977
- Pfander, Helene: Die Beistandschaft nach Art. 392 und 393 ZGB, Bern 1932
- Portmann, Peter: Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht, Bern 1958
- Portmann, Rolf: *Das Selbstkontrahieren* des Vertreters, Diss. Zürich 1941
- Riener, Hans Michael: Weniger bekannte Verbeiständungsfälle: Beistandschaft bei Doppelorganschaften, Selbstkontrahieren des Vertreters und sonstigen Interessenkollisionen, in: ZVW 32 104 ff.
- Rittmeyer, Oskar: Die Schutztendenzen des schweizerischen Vormundschaftsrechts, Diss. Bern
- Roos, G.: Die Legitimation zur Vormundschaftsbeschwerde, in: ZVW 10 41 ff.
- Rossel, Virgile/Mentha, F.-H.: *Manuel du droit civil suisse*, 2. Auflage, 3 Bände, Lausanne/Genève
- de Saussure, Claude: *L'acte juridique fait sans pouvoirs de représentation*, Lausanne 1945
- Sauter, Karl: Über die analoge Anwendung der Bestimmungen des schweizerischen ZGB über die Vormundschaft auf Beistandschaft und Beiratschaft, Zürich 1949
- Schaub, Marc-Antoine: La démission d'un administrateur peut-elle être valablement adressée au président?, in: SAG 41 116 ff.
- Schnitzer, Adolf F.: Handbuch des internationalen Privatrechts, Band I, 4. Auflage, Basel 1957
- Schroff, Rudolf: Die Beistandschaft für eine juristische Person (ZGB 393 Ziff. 4), Diss. Fribourg 1953
- Schucany, Emil: Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht, Schweizerisches OR, 26. und 27. Titel; Die AG und Kommandit-AG, 2. Auflage, Zürich 1960
- Schwander, Vital: Das Schweizerische Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Zürich 1964
- Schwarz, Andreas: Die Vormundschaftsbeschwerde, Art. 420 ZGB, Diss. Zürich 1968
- Schwarzenbach, Hans Rudolf: Grundriss des allg. Verwaltungsrechts, 8. Auflage, Bern 1980
- Senn, Heinrich: Mündelsichere Kapitalanlagen, Diss. Zürich 1971
- Siegnart, Alfred: Kommentar zum Schweizerischen ZGB, V. Band: OR,
  - 4. Teil: Die Personengesellschaften (Art. 530–619), Zürich 1938
  - 5. Teil: Die AG, a: Allg. Bestimmungen (Art. 620–659), Zürich 1945
- Specker, Karl: Die Übertragung der Vormundschaft zur Weiterführung, Zürich 1946
- Spitzer, G.: Die Übertragung und Übernahme vormundschaftlicher Massnahmen, in: ZVW 15 1 ff.

- Spitzer, G.: Der *Freihandverkauf* von Mündelgrundstücken, in: ZVW 5 109 ff.
- Stachelin, Max: Gedanken zur Organisation der AG, in: Festgabe zum 70. Geburtstag von Erwin Ruck, Basel 1952, S. 249 ff.
- Stauffer, W.: Praxis zum NAG, Bereinigter Nachdruck der 1. Auflage, Zürich 1975
- von Steiger, Fritz: Das Recht der AG in der Schweiz, 4. Auflage, Zürich 1970
- Kann im Ausland weilenden Aktionären einer schweizerischen Gesellschaft ein Beistand in der Schweiz ernennt werden?, in: SAG 16 79 ff. und 17 14 f.
- Steinbrüchel, Rico: Organ und Hilfsperson: Eine Studie zur Haftung der sogenannten juristischen Personen nach ZGB art. 55 II, Diss. Zürich 1947
- Streit, Karl: Das Kinder- und Mündelprivileg nach dem Schweizerischen Konkursgesetz gemäss SchKG, Art. 219 Ziff. 2, Diss. Zürich 1930
- Thormann, Ph./von Overbeck, A.: Das Schweizerische Strafgesetzbuch
- Erster Band: Allg. Bestimmungen (Art. 1–110), Zürich 1940
- Zweiter Band: Bes. Bestimmungen (Art. 111–332), Einführung und Anwendung des Gesetzes (Art. 333–401), Zürich 1941
- Trüb, Theodor: Die Beistandschaft des Schweizerischen ZGB, Diss. Bern 1912
- von Tuhr, Andreas/Escher, Arnold: Allg. Teil des Schweizerischen OR, Band II, 3. Auflage, Zürich 1974
- von Tuhr, Andreas/Peter, Hans: Allg. Teil des Schweizerischen OR, Band I, 3. Auflage, Zürich 1979
- Tuor, Peter/Picenoni, Vito: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang (Art. 537–640 ZGB), 2. Auflage, Bern 1966
- Walder-Bohner, Hans Ulrich: Der neue Zürcher Zivilprozess, 2. Auflage, Zürich 1979
- von Waldkirch, Beatrice: Die Handlungsfähigkeit der AG nach schweizerischem Recht, Bern 1953
- von Waldkirch, H.: Zum Begriff der *Mündelsicherheit* von Wertpapieren, in: SJZ 39 552 f.
- Wander, Jean: Die Organe der AG und ihr gegenseitiges Verhältnis nach deutschem, französischem und schweizerischem Recht, Diss. Bern 1958
- Wehrli, Ulrich: Zur Ernennung eines Beistandes einer AG, in: SAG 16 137 ff.
- Wolf, Elias: Die Stellung des Verwaltungsrats und des Aktionärs bei Interessenkollisionen mit der AG, in: SAG 11 1 ff., 33 ff., 58 ff.
- Zellweger, Jakob: Die Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe aus der Vermögensverwaltung, Diss. Bern 1938
- Zimmermann, H.: Grundfragen der Stellung der Verwaltungsratsmitglieder, Direktoren und Prokuristen der AG in Gesetzgebung und Praxis, Zürich 1946
- Zipkes, Rudolf: Die vorläufige Fürsorge vor der Bevormundung (Art. 386 ZGB) und das Problem der Ersatzformen für die Entmündigung, Diss. Zürich 1934
- Zwingli, J.: Das schweizerische Vormundschaftswesen und damit zusammenhängende Gebiete, Zürich 1921

## 2. Periodika und Entscheidungssammlungen

|        |                                                                                  |
|--------|----------------------------------------------------------------------------------|
| AGVE   | Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide, Aarau                           |
| BGE    | Entscheidungen des Schweizerischen BGer., Amtliche Sammlung, Lausanne 1875 ff.   |
| BJM    | Basler juristische Mitteilungen, Basel                                           |
| BISchK | Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs, Wädenswil 1937 ff.                     |
| BVR    | Bernische Verwaltungsrechtsprechung, Bern 1976 <sup>A</sup> ff.                  |
| JdT    | Journal des Tribunaux, I: Droit Fédéral, Lausanne 1853 ff.                       |
| MBVR   | Monatsschrift für Bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen, Bern 1903–1975 |
| Pr     | Die Praxis des BGer., Basel 1912 ff.                                             |
| SAG    | Die Schweizerische Aktiengesellschaft, Zürich 1928 ff.                           |
| SJ     | La semaine judiciaire, Genève 1879 ff.                                           |
| SJZ    | Schweizerische Juristen-Zeitung, Zürich 1904 ff.                                 |
| VEB    | Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden, Bern 1927 ff.                          |

|      |                                                                                                   |
|------|---------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ZBGR | Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, Wädenswil 1920 ff.               |
| ZBJV | Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bern 1865 ff.                                         |
| ZBl  | Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, Zürich 1900 ff.                  |
| ZR   | Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, Zürich 1902 ff.                                          |
| ZSR  | Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge, Basel 1882 ff. (ab Jahrgang 74 zwei Halbbände) |
| ZVW  | Zeitschrift für Vormundschafswesen, Zürich 1946 ff.                                               |

Zeitschriften werden mit Jahrgang und Seitenzahl zitiert; wo ein Jahrgang fehlt, mit dem Erscheinungsjahr.

## EINLEITUNG

ZGB 393 verpflichtet die Vormundschaftsbehörde, bei einem Vermögen, dem die nötige Verwaltung fehlt, das Erforderliche anzuordnen (Ingress) und namentlich dann einen Beistand zu ernennen, wenn einer juristischen Person die erforderlichen Organe mangeln und nicht auf andere Weise für die Verwaltung gesorgt ist (Ziff. 4).

Man könnte nicht sagen, dass diese Bestimmung bei der Diskussion um die Reform des Aktienrechts im Vordergrund noch auch im Zentrum vormundschaftlichen Wirkens stünde. Ein diesbezüglicher publizistischer Höhepunkt während des zweiten Weltkrieges und dessen Gefolge erfuhr ihren Abschluss in Schroffs Dissertation und Kaufmanns Aufsatz und erzeugte einen Nachhall mit den Arbeiten von Bachtler und Riemer<sup>1</sup>, während das Thema sonst nur beiläufiger Erwähnung wert scheint. Judikatur findet sich selten mehr; die Praxis hat sich von einer desinteressierten Fach-Öffentlichkeit weitgehend zurückgezogen.

### *Realien*

Dabei erlangt das Institut der Beistandschaft für juristische Personen nicht nur in Kriegszeiten mit ihren allg. Störungen aller Verhältnisse und Beziehungen Aktualität. Es ergeben sich daraus zwar die spektakulärsten Fälle<sup>2</sup>, doch auch wenn man heute bei Gerichten und Rechtsanwälten herumhört, zeigt sich, dass sich gelegentlich, aber öfter als man meint und aus der Literatur ersichtlich wird, ein legitimes Bedürfnis nach Verbeiständung namentlich von Aktiengesellschaften einstellt. Mit der Verschlechterung der Wirtschaftslage seit 1974 einerseits und – vor dem Hintergrund der internationalen ökonomischen Verflechtung – der Bedrohung und Störung des grenzüberschreitenden Handels durch die politischen Verhältnisse andererseits mehren sich die Fälle, da für die Vermögensverwaltung in Aktiengesellschaften nicht weiter genügend gesorgt ist, wobei die Gründe im einzelnen recht verschieden liegen<sup>3</sup>. Als unmittelbar Leidtragende solcher Entwicklungen fallen diejenigen Kreise in Betracht, welche an einer betroffenen AG wirtschaftliche Interessen haben, also Aktionäre, Arbeitnehmer sowie sonstige Gläubiger und Schuldner. Zum Teil bildet eine Beistandschaft die einzige Möglichkeit, mit der sie ihre berechtigten Interessen wahren können<sup>4</sup>.

Gelangen sie aber mit einem entsprechenden Begehren an die Vormundschaftsbehörden, so scheuen diese ZGB 393 Ziff. 4 oft wie der Teufel das Weihwasser und

<sup>1</sup> Vgl. Literaturverzeichnis.

<sup>2</sup> Vgl. §§ 4. B., 6., 19. A., 22. A. XII. und XVIII., 23.

<sup>3</sup> Vgl. §§ 21. ff.

<sup>4</sup> Vgl. §§ 24. ff.

schützen vor, es handle sich hier um einen mit Zurückhaltung zu handhabenden Notbehelf<sup>5</sup>. Bei ihrer Argumentation wird man meist den Verdacht nicht los, es gehe ihnen weniger um korrekten Gesetzesvollzug als eher darum, den Fuss nicht auf unvertrautes, handelsrechtliches Gebiet setzen zu müssen und dem Staat keine Kosten zu verursachen, die nicht von privater Seite wieder gedeckt würden.

### *Ziel und Umfang der Arbeit*

Diese Arbeit will darlegen, dass der Beistandschaft für eine AG nichts allzu Ungeheures anhaftet<sup>6</sup>, ja dass gegenteils Umgehungsversuche mehr Gefahr heraufbeschwören<sup>7</sup>. Darüber hinaus soll sie klarmachen, wie sinnvoll und notwendig sich die Möglichkeit einer Beistandschaft für Korporationen erweist<sup>8</sup>.

Daneben scheint es ratsam, den ganzen vormundschaftsrechtlichen Apparat mit einer notleidenden AG durchzuexerzieren<sup>9</sup>, einmal weil die letzten Gesamtdarstellungen schon weit zurückliegen, seither jedoch weiterhin über einzelne Probleme geschrieben und entschieden worden ist<sup>10</sup>, dann aber auch, weil Schroff in seiner Dissertation diesen Aspekt wenig berücksichtigt hat. Das hat zur Folge, dass viele Ausführungen allg. für die (Verwaltungs-)Beistandschaft, ja auch für die Vormundschaft insgesamt von Interesse sind, indem für beide oft dasselbe gilt (ZGB 367 III, 397 I)<sup>11</sup>.

### *Inhalt*

Der I. Teil behandelt generelle Fragen recht verschiedener Natur. So stellt das 1. Kapitel die Beistandschaft in den Dienst einer relativ weitgehenden individuellen Interessenwahrung, bindet das 2. Kapitel die Beistandschaft in das allg. Vormundschaftsrecht ein und befassen sich die beiden folgenden Kapitel mit der Zuständigkeit und der damit zusammenhängenden Übertragung der Beistandschaft, wobei die Perspektive naturgemäss auch internationale Fälle miteinbezieht. Das 5. und 6. Kapitel streifen kurz die interkantonale Rechtshilfe und kantonale Verordnungen zur Materie. Sehr ausführlich geht das letzte Kapitel auf die Vormundschaftsbeschwerde ein, weil diese angesichts der restriktiven Praxis zu ZGB 393 Ziff. 4 äusserst wichtig erscheint, wohingegen für die Anrufung des BGer. weniger Platz ausreicht.

5 Vgl. § 13. B.

6 II. Teil.

7 § 42. C. II.

8 § 17. ff.

9 I. und III.–V. Teil.

10 Vgl. Literaturverzeichnis.

11 § 2.

Die Voraussetzungen der Beistandschaft für eine AG gemäss ZGB 393 Ingress und Ziff. 4 werden im II. Teil geschildert, also zuerst das Vorhandensein von Vermögen (1. Kapitel) und einer Körperschaft als Trägerin dieses Vermögens (2. Kapitel). Das längere 3. Kapitel über den Mangel der für die Verwaltung erforderlichen Organe ist unterteilt in einen Abschnitt über Organe i. allg., einen weiteren über die verwaltungsnotwendigen im bes. und einen dritten über den Mangel derselben, enthaltend einen detaillierten Kasuistikkatalog. Schliesslich zeigt das 4. Kapitel ausserbeistandschaftliche Abhilfen.

Der III. Teil beschreibt die Anordnung der Beistandschaft. Dies erfordert eine Auseinandersetzung des Verfahrens (1. Kapitel), insbes. des Antragsrechts, des Officialprinzips und der Rechtsmittel, der Beistandsbestellung (2. Kapitel) in einfacher oder mehrfacher Beistandschaft und der Veröffentlichungen (3. Kapitel).

Der folgende längste Teil (IV.) ist Führung und Wirkungen der Beistandschaft gewidmet. Dessen 1. Kapitel gilt dem Amt des Beistands, d.h. seiner Rechtsstellung, seiner Tätigkeit als o. Vermögensverwalter sowie zur Herbeiführung einer funktionsfähigen Gesellschaft und zuletzt der Amtsdauer und Entschädigung. Tatbestände der a.o. Vermögensverwaltung, die der Mitwirkung der vormundschaftlichen Behörden bedürfen, finden sich im 2. Kapitel. Das 3. Kapitel beschlägt die bes. Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe einschliesslich Verjährung und Konkursprivileg.

Der abschliessende V. Teil über das Ende der Beistandschaft beginnt mit dem Ende der Verbeiständung als solcher (1. Kapitel), fährt fort mit dem Ende des Amtes des einzelnen Beistands (2. Kapitel) und erläutert endlich Schlussrechnung und -bericht, Vermögensübergabe, Entlassung und Veröffentlichung (3. Kapitel).

## I. TEIL

## Allgemeine Ordnung der Beistandschaft

## 1. Kapitel = § 1.

## Zweck der Beistandschaft

Im ZGB drückt sich ein sozialer Geist aus, namentlich auch im Vormundschaftswesen. Was aber jeweils das sozial Richtige darstellt, kann nicht in einem Schema begriffen werden; vielmehr ist massgeblich hiefür die gesamte kulturelle Lage eines Volkes und insbes. das soziale Verständnis seiner Bürger<sup>1</sup>.

Vormundschaft im weiteren Sinne bedeutet staatliche Fürsorge für Schutzbedürftige<sup>2</sup>, wobei der Schutzzweck umstritten ist. So hat nach Pfander<sup>3</sup> die Verwaltungsbeistandschaft einzig den Schutz des Vermögens des Eigentümers zum Ziel, während Rittmeyer<sup>4</sup> den staatlichen Eingriff in Vermögensverhältnisse auch aus Gründen des Gesamtinteresses zulässt. Noch weiter geht Trüb<sup>5</sup>: ZGB 367 II schliesst nicht aus, dass eine Beistandschaft auch unmittelbar zum Schutze eines Dritten (z.B. Gläubiger oder Schuldner) angeordnet werde<sup>6</sup>. Nach Rittmeyer<sup>7</sup> kommen hiefür nur Zivilprozess und Schuldbetreibung in Frage. Deren Anhebung und Durchführung kann indessen gerade eine Beistandschaft erfordern<sup>8</sup>. Auf alle Fälle trifft zu, dass bei nicht genügender Organisation einer Körperschaft (ZGB 393 Ziff. 4) – gleich wie bei der Generalklausel von ZGB 393 I – das öffentliche Interesse überwiegt, das hier, volkswirtschaftlichen Charakter annehmend, darauf gerichtet sein kann, ein Brachliegen von Vermögenswerten zu verhindern<sup>9</sup>.

M.E. geht es bei der Beistandschaft für eine Körperschaft darum, deren Funktionsstörungen zu beheben, von welcher Seite auch (Mitglieder<sup>10</sup>, Arbeitnehmer<sup>11</sup>,

1 Vgl. Rittmeyer 16 ff., 25.

2 Ders. 39 f.

3 48 Anm. 1; gl.M. ZVW I 101, 28 158 f.; vgl. immerhin Pfander 23, wonach die Angelegenheit, welche einer Verbeiständung ruft, nicht im ausschliesslichen oder vorwiegenden Interesse des Verbeiständeten liegen muss.

4 56; gl.M. Knapp 22 für die Vormundschaft allgemein; vgl. auch Bachtler 225 f.

5 20.

6 von Steiger (zit. § 19. Anm. 20) anerkennt Interessen der AG, der Aktionäre, der Arbeiterschaft und der Öffentlichkeit; ebenso von Waldkirch 28; Bürgi 716 N 22; Rechte Dritter als Eingriffsgrund anerkennen Egger 393 N 6 und ZBGR 48 2 f.; vgl. Zipkes 48 und § 29. C. I.

7 56.

8 Vgl. § 27.

9 Rittmeyer 78.

10 Riener 108.

11 I.d.S. von Steiger in SAG 16 81.

Gläubiger<sup>12</sup>, Schuldner<sup>13</sup>, Gesellschaft) ein Mangel empfunden wird, und sei es bloss, um ein nicht existenzfähiges Gebilde seinem Ende entgegenzuführen. Lässt die Rechtsordnung schon juristische Personen mit ihren bes. Problemen zu, so hat sie auch bei deren Aktualisierung Hilfe zu leisten.

## 2. Kapitel = § 2.

### Anwendung des Vormundschaftsrechtes auf die Beistandschaft im allgemeinen (ZGB 367 III)

Die Anwendbarkeit des Vormundschaftsrechtes auf die Beistandschaft kann nicht allg. festgelegt werden<sup>1</sup> und hängt von der erstrebten Schutzwirkung ab, denn nach der jeweiligen Beistandschaftsart mag eine vormundschaftliche Bestimmung einmal sehr wertvoll, ein andermal unzweckmässig sein<sup>2</sup>. Das kann m.E. zu Anpassungen zwingen je nachdem, was für eine juristische Person man betrachtet; ja auch der Typus einer AG und die bes. Lage eines Falles dürften sich auswirken.

Dennoch lassen sich einzelne Artikel(-Gruppen) aufzählen, die nach ZGB 367 III wenigstens prima vista für den Beistand und – so darf man wohl allgemeiner sagen – die Beistandschaft gelten. Hierher rechnen ZGB 379–391, 420, 426–430, 441–456<sup>3</sup>, doch ergibt z.B. Art. 380 für eine AG offensichtlich keinen Sinn. Curti<sup>3</sup> will weiterhin ZGB 376, 378, 398–416 und 421–430 anwenden und Egger<sup>3</sup> sieht 398–404 und 421 f. durch 319 immerhin nicht ausgeschlossen. Demgegenüber schaltet nach Kaufmann<sup>4</sup> ZGB 396 die Art. 376 und 378 aus – das scheint mir richtig – und modifizieren ZGB 417–419 die Art. 398–416 zumindest, während nach Egger<sup>3</sup> 407–414 gänzlich unanwendbar sind. Eine Analogie verbiete sich auch bei 368–372, 377, 431–438<sup>4</sup>.

Mit dem m.E. gegebenen Einfluss von ZGB 373–375, 377, 398–404, 407–411, 413, 415 f., 420–430, 433 f., 441 ff. werden wir uns später zu befassen haben. Alle diese Artikel betreffen Fragen, die durch die spezifischen beistandschaftlichen Bestimmungen allein nicht zu lösen sind und deshalb im Interesse einer einheitlichen Rechtsordnung mit Vorteil im allg. Vormundschaftsrecht abgehandelt werden.

12 BGE 51 II 262, dem Pfander 49 zustimmt, und Egger 393 N 3 anerkennen offensichtlich Beistandschaft im Interesse der Gläubiger; ebenso Riemer 108.

13 A.M. offenbar ZVW 4 139 f.

1 Kaufmann vor 392 N 19.

2 Pfander 8; ähnlich Egger 367 N 16; Sauter 5; H. Albisser: Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft nach Art. 422 Ziff. 5 ZGB, in: ZVW 23 41 ff., 42; Schneider (zit. § 37.Anm. 195) 82.

3 Kaufmann 367 N 16; Curti 367 N 10; Egger 367 N 16.

4 367 N 17.

### 3. Kapitel

## Zuständigkeit

### § 3. Sachliche Zuständigkeit

#### A. Ausschluss ausservormundschaftlicher Instanzen

Zur Anordnung, Betreuung und Aufhebung einer Beistandschaft sind (zumindest erstinstanzlich) ausschliesslich vormundschaftliche Organe<sup>1</sup> zuständig und niemals Gerichte als solche<sup>2</sup>. Selbst in forensischen Angelegenheiten kann ein Gericht der vormundschaftlichen Behörde keine Weisung erteilen, einer Partei sei ein Beistand zu bestellen<sup>3</sup>, sondern bloss ein Gesuch einreichen.

Sache des Zivilrichters bleiben dagegen vorsorgliche prozessuale Massnahmen<sup>4</sup>.

#### B. Vormundschaftsbehörde als zuständige Instanz

Nach alter Praxis des BGer. regelte ZGB 396 nur die örtliche Zuständigkeit<sup>5</sup>. Nun spricht allerdings der deutsche Wortlaut von Anordnung der Beistandschaft, wohingegen die romanischen Texte nur von Ernennung des Beistandes<sup>6</sup>.

Im weiteren Sinne kann Ernennung aber auch Anordnung bedeuten, wie sich aus den Ingressen von ZGB 392 f. und der Marginalie von 397 ergibt. Insofern bestätigt ZGB 396 nur, was sich schon aus 392 f. ergibt: die Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde zur Errichtung der Beistandschaft.

Regelt demnach ZGB 396 als Sondervorschrift nicht nur die örtliche, sondern auch die sachliche Zuständigkeit<sup>7</sup> und hat nach Bundesrecht einzig die Vormundschaftsbehörde eine Beistandschaft anzuordnen<sup>8</sup>, so kann der Verweis in ZGB 397 I nicht den Sinn haben, dass sich die Zuständigkeit in örtlicher Beziehung nach 376 und in sachlicher nach 373 richte<sup>9</sup>.

1 Vgl. Guhl/Merz/Kummer 661; Forstmoser/Meier-Hayoz 139 N 13; Kaufmann, Beistandschaft 41; SJZ 48 289 ff.; ZBGR 44 20.

2 Vgl. ZR 28 82 Nr. 45 und 68 199 f.; ZBI 31 187 f.; ZVW 27 115 E 2; a.M. offenbar von Waldkirch 26.

3 ZBJV 71 219 ff.; Egger 396 N 9.

4 BGE 71 II 218 f.; Schrott 8 f.

5 BGE 56 II 423: Hier ging es allerdings um Beiratschaft; vgl. Ingress ZGB 392 f. mit 395.

6 Egger 396 N 9; Kaufmann 396 N 25 f.

7 Kaufmann 396 N 1, 25 f.; a.M. Egger 426 N 9.

8 Trüb 75; von Waldkirch 26; ZVW 12 71 E 1: keine Delegation an Aufsichtsbehörde und kein Weisungsrecht derselben; a.M. in offensichtlichem Verschrieb BGE 82 II 210.

9 Vgl. zum Ganzen BGE 82 II 209 ff.

Die Bestellung des *Beistandes* erfolgt wie beim Vormund stets durch die Vormundschaftsbehörde<sup>10</sup>.

### C. Präsidialverfügungen

Wenn von der Zuständigkeit einer Behörde gesprochen wird, so bedeutet dies, dass Präsidialverfügungen in mat. Angelegenheiten, die nicht unbedeutend sind, nur bei Dringlichkeit zugelassen werden können<sup>11</sup>.

## § 4. Örtliche Zuständigkeit

### A. Fälle ohne internationale Implikationen (ZGB 396 II)

#### I. Allgemeines

Ausgangspunkt bildet der Hauptbestandteil des Vermögens, worunter der wertvollste Teil der Aktiven zu verstehen ist, von denen jedoch die Schulden nicht abgezogen werden.

Es entscheidet der Ort, wo dieser Hauptbestandteil bisher verwaltet wurde<sup>1</sup>. Dies braucht nicht der Sitz der juristischen Person zu sein<sup>2</sup>, wenn man an ein Briefkasten-Domizil denkt. Vielmehr kommt es auf den Ort an, wo die Verwaltung ihre Tätigkeit ausübt, regelmässig ihre Sitzungen abhält<sup>3</sup>, was wiederum nicht mit der Lage des Vermögens-Hauptbestandteiles übereinstimmen muss<sup>4</sup>.

Schroff<sup>5</sup> bemerkt richtig, dass bei der AG der Verwaltungsrat als Verwaltung zu betrachten ist und nicht etwa nachgeordnete Exekutiv-Organen, weil – wie wir noch zeigen werden<sup>6</sup> – innerhalb der Verwaltungsorgane nur der Ausfall des Verwaltungsrats zu einer Beistandschaft führen kann.

Bestehen Unsicherheiten über Hauptbestandteil und dessen Verwaltung, genügt eine gewisse Wahrscheinlichkeit<sup>7</sup>, denn wichtiger als die (formelle) Zuständigkeit

10 Egger 396 N 9; Homberger 133; ZGB 385 I, 392 f. Ingress, 397 I.

11 Vgl. ZVW 23 152 Nr. 54 E 3, 24 40.

1 Schroff 9 f.

2 Ungenau deshalb von Waldkirch 26 und Forstmoser/Meier-Hayoz 139 N 13.

3 Kaufmann, Beistandschaft 44; irreführend aber seine Anführung des Wohnsitzes des bisherigen Verwalters, weil dessen zivilrechtliches Domizil als solches unmässig ist.

4 Kaufmann 396 N 15 f.

5 10.

6 § 20.

7 SJ 91 198 E III.

ist die (mat.) vormundschaftliche Fürsorge. Und lässt sich ein Ort i.S. von ZGB 396 II nicht nachweisen, mag subsidiär der Sitz der AG gelten<sup>8</sup>.

## II. Kompetenzkonflikte

Aus ZGB 396 II geht hervor, dass der Beistand alle in der Schweiz liegenden Güter zu verwalten kompetent ist<sup>9</sup>. Mit anderen Worten darf auch nur *eine* Beistandschaft angeordnet werden. Innerkantonale (positive oder negative) Kompetenzkonflikte zwischen zwei Vormundschaftsbehörden entscheidet in Kantonen mit zweigliedriger Aufsichtsbehörde die beiden Vormundschaftsbehörden unmittelbar übergeordnete Aufsichtsbehörde<sup>10</sup>, interkantonale Anstände das BGer. aufgrund von OG 83b.

Massgebend für die Zuständigkeit ist die Sachlage zur Zeit der Anhebung des Verbeistandungsverfahrens<sup>11</sup>. Eine von einer örtlich unzuständigen Behörde angeordnete Verbeistandung und Beistandsernennung bindet jedoch die Gerichte, solange sie nicht von den hierfür zuständigen Behörden aufgehoben werden<sup>12</sup>, denn örtliche Unzuständigkeit hat allg. nach Lehre und Praxis höchstens dann absolute Nichtigkeit zur Folge, wenn dies einen bes. schweren Verstoß gegen ein hohes Rechtsgut in sich schliesst<sup>13</sup>.

### B. Fälle mit internationalen Implikationen

Zwei Fälle sind auseinanderzuhalten:

- ausländische AG, die Vermögen in der Schweiz angelegt oder deponiert hat;
- schweizerische AG mit gesamtem Vermögen im Ausland.

Ob eine AG als ausländisch oder schweizerisch zu gelten hat, bestimmt sich nach Inkorporationstheorie<sup>14</sup>.

ZGB 396 II beschränkt sich wie alle Zuständigkeitsvorschriften des ZGB auf die Ordnung innerhalb der Schweiz und gibt jedenfalls unmittelbar nichts her. Auch das NAG enthält keine Spezialvorschrift<sup>15</sup>, keine ausdrückliche Norm, so dass eine

<sup>8</sup> Kaufmann, Beistandschaft 44; Schrott 10.

<sup>9</sup> SJ 91 198 E III.

<sup>10</sup> Vgl. ZVW 26 62 E 1.

<sup>11</sup> So für Entmündigung ZBJV 89 318; BGE 95 II 515 und BGer. in ZVW 30 112 E 1.

<sup>12</sup> BGE 55 II 325 E 2, bestätigt in 58 I 290 f., 94 II 230, 100 Ia 114 E 3, 61 II 15 E 1.

<sup>13</sup> ZVW 25 144 f.; i.d.S. für die Fälle von ZGB 386 auch Zipkes 95.

<sup>14</sup> Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz 86 f. N 3 ff.; Schnitzer 316 f.

<sup>15</sup> BGE 51 II 262; Alexander 47; Kaufmann, Beistandschaft 45.

Lösung anhand der in den schweizerischen Gesetzen zum Ausdruck gebrachten Grundgedanken letzten Endes über ZGB 1 II und III zu suchen ist<sup>16</sup>.

## I. Prinzipien

### 1. Ausländische AG

Dem schweizerischen Recht liegt der Gedanke zugrunde, dass die schweizerischen vormundschaftlichen Organe immer dann tätig werden müssen, wenn sich in der Schweiz für irgendeine Person ein entsprechendes Bedürfnis zeigt, was auch ihr Wohnsitz und ihre Nationalität sei<sup>17</sup>. Die Befriedigung dieses Bedürfnisses kann nicht in das Belieben eines anderen Staates gestellt werden. Der im NAG enthaltene Grundsatz, dass schweizerische Behörden für im Ausland wohnhafte Ausländer nicht zu sorgen haben, steht dem nicht entgegen, besagt er doch nur, dass sich schweizerische Behörden mit einem im Ausland auftretenden vormundschaftlichen Bedürfnis nicht zu befassen haben<sup>18</sup>. Auch das Wohnsitzprinzip in NAG 10 ergibt nichts Gegenteiliges, denn bei Verwaltungsbeistandschaft kommt auf den Wohnsitz des Eigentümers nichts an, wie denn auch ZGB 396 II selbst dort nicht darauf abstellt, wo es an sich möglich wäre (ZGB 393 Ziff. 1 und 2).

Für die Anordnung einer Vermögensverwaltung muss deshalb unter Vorbehalt anderer staatsvertraglicher Regelung das Territorialprinzip massgebend sein<sup>19</sup>, führe man dies nun auf ZGB 396 II, die Grundsätze des NAG oder allgemeine Überlegungen zurück<sup>20</sup>. Unerheblich ist bei alledem, ob neben dem Vermögen in der Schweiz noch weiteres, eventuell umfassenderes im Ausland liege und ob dieses verwaltet werde oder nicht<sup>21</sup>.

16 Jäggi 547; Schroff 11.

17 Dies verkennt offensichtlich Wehrli 143.

18 Jäggi 547 ff.

19 Kaufmann/Kaufmann 933 S. 11; Kaufmann 396 N 32 und SJZ 17 52 mit Berufung auf ZGB 396 II; BGE 69 II 21 f.; Egger 396 N 12; vgl. von Waldkirch 28 f.; Vischer (zit. Anm. 41) 630 f.

20 Vgl. unter B.

21 BGE 51 II 261 ff., nach welchem Entscheid dem NAG allgemein das Territorialprinzip zugrunde liegt; Schnitzer 494; Schroff 11 f.; Max Guldener: Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1951, S. 57; Stauffer 11 N 3; Alexander 48; zur Kritik am angeführten BGE vgl. Bertrand Houriet: La compétence "ratione loci" de l'autorité tutélaire pour instituer une curatelle en droit international privé, in: ZVW 8 97 ff., 100 f.

## 2. Schweizerische AG

Die Behörden haben hier einzuschreiten, selbst wenn kein in der Schweiz befindliches Aktivvermögen bekannt ist. Es handelt sich dann weniger um die Sorge für bestimmte Vermögenswerte als vielmehr um die Besorgung der Vermögensangelegenheiten der juristischen Person überhaupt<sup>22</sup>.

Etwelche Begriffsverwirrung herrscht in der Motivierung des im übrigen unbestrittenen Grundsatzes. Während die eine Seite<sup>23</sup> erneut das Territorialprinzip beschwört — wobei augenscheinlich nicht ausländische Zuständigkeit begründet, sondern zuweilen ein für die Verbeiständung einer AG bedeutungsloser Widerstreit zwischen ZGB 396 II und NAG 30 i.V.m. 11<sup>24</sup> entschieden werden will —, zieht die andere Seite<sup>25</sup> das im Vormundschaftsrecht sonst geltende Domizilprinzip (ZGB 376 I und 396 I) heran, weil mangels Vermögens in der Schweiz die hiesige Vormundschaftsbehörde nach ZGB 396 II unzuständig wäre. Gemeint ist dabei stets das Nationalitätsprinzip.

## 3. Vermeidung von Kollisionen

Die vorstehend 1. und 2. dargelegten Regeln streben danach, einem Fürsorgemangel zu begegnen, können aber gleichzeitig zu positiven Kompetenzkonflikten führen. Die Schweiz will keineswegs überall die Zuständigkeit beanspruchen, wo ein Bezug zu ihr besteht. In § 6. soll versucht werden, Lösungen für solche Konflikte aufzuzeichnen.

### a) *Ausländische AG*

Von Massnahmen für eine ausländische AG ist abzusehen, wenn solche durch die nach § 6. A. zuständige ausländische Behörde auch hinsichtlich der hiesigen Vermögenswerte bereits ergriffen wurden<sup>26</sup> und der ordre public einer Anerkennung nicht entgegensteht<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> Bachtler 217.

<sup>23</sup> BGE 69 II 21 f.; Jäggi 544; ZVW 4 139; vgl. Schnitzer 494; Guldener l.c.

<sup>24</sup> Vgl. Kaufmann 396 N 32; Egger 396 N 11; MBVR 18 79 f.

<sup>25</sup> Kaufmann, Beistandschaft 46; Schroff 12; von Waldkirch 28 f.; letztere beide mit unbehelflichem Verweis auf NAG 2 und 10; vgl. Vischer (zit. Anm. 41) 630 f.

<sup>26</sup> Vgl. ZVW 4 137 Nr. 48; Stauffer 11 N 3.

<sup>27</sup> Alexander 78; vgl. BGE 51 II 264, 50 II 511 f., 513; Schroff 12.

b) *Schweizerische AG*

Gemäss Alexander<sup>28</sup> gelten NAG 28–30 nicht für die Verwaltungsbeistandschaft, weil es im Gesetz um Abgrenzung von Nationalitäts- und Domizilprinzip gehe, der Verwaltungsbeistandschaft aber das Territorialprinzip zugrunde liege, welches auch genüge. Der Begriff des Territorialprinzips müsste dann aber schon sinnentleerend überdehnt werden<sup>29</sup> und verhinderte dennoch Kompetenzkonflikte mit dem Ausland nicht. Wir werden daher NAG 28 und 30 heranziehen.

Nach einer Auffassung<sup>30</sup> gehen NAG 29 f. Art. 28 vor, was dann mit NAG 33 harmonisiert, aber Konflikte geradezu provoziert. Nach einer anderen<sup>31</sup> kommen NAG 29 f. nur zum Zuge, wenn das ausländische Kollisionsrecht auf das Heimatrecht verweist; sie trägt der Entstehungsgeschichte, Praktikabilität und damit Interessenwahrung und dem Gedanken Rechnung, dass vormundschaftliche Massnahmen im Widerspruch zum Ausland kaum durchgeführt werden können<sup>32</sup>. Nach Heini<sup>33</sup> endlich ist eine Kollision zwischen NAG 29 f. und 28 ausgeschlossen, weil 29 f. nur bis zur Begründung eines neuen Wohnsitzes, hernach aber 28 gilt.

Trotz verschiedener theoretischer Ausgangslage hat man sich auf eine vernünftige Lösung geeinigt, die von rein praktischen Erwägungen geprägt ist. So erübrigen sich vormundschaftliche Massnahmen der schweizerischen Behörden, wenn die ausländischen Behörden genügend Schutz gewähren<sup>34</sup>; es besteht alsdann auch keine "Notwendigkeit" i.S. von NAG 30<sup>35</sup>.

Sobald aber die ausländischen Behörden nicht (ausreichend) handeln, hat die schweizerische einzuschreiten, ungeachtet der Tatsache, dass der ausländische Staat die Zuständigkeit beansprucht<sup>36</sup>.

Bei alledem spielt keine Rolle, durch was für Anknüpfungspunkte das Ausland seine Zuständigkeit begründet<sup>37</sup>. Es können dies Verwaltungshauptsitz, Vermögenslage oder statutarischer Sitz sein.

28 82 f.

29 Vgl. vorstehend 2.

30 BGE 93 II 10 E 2, 87 II 134, 86 II 329; Kaufmann vor 376 N 14; VEB 12 99 Nr. 64; Alexander 87 ff. mit älterer Lit.

31 Isenschmid 32 ff. mit ganz alter Lit.; Specker 36; ZR 34 59 f.; SJZ 15 71 f.; offenbar auch Egger vor 360 N 42; vgl. auch Anton Heini: Zum kollisionsrechtlichen Problem der Vormundschaft über Auslandschweizer, in: SJZ 55 301 ff.

32 Schnitzer 487; vgl. auch BGE 54 II 237, 86 II 330; BGer. in ZR 34 61 Nr. 21.

33 L.c. 306 f.

34 BGE 87 II 136, 100 Ia 113 f.; VEB 33 90 Nr. 54.

35 BGer. in ZR 34 61 Nr. 21; BGE 86 II 330 f.

36 Alexander 95 f., 98 f.; Stauffer 30 N 1; Jäggi 548.

37 Heini l.c. 306 f.; vgl. BGE 78 II 203 E 3; Vischer (zit. Anm. 41) 632.

## II. Anwendbares Recht

### 1. Regel: Schweizerisches Recht

Müssen schweizerische Behörden handeln, so wenden sie auch ihr eigenes Recht an<sup>38</sup>. Dass der Beistand einer ausländischen juristischen Person nicht für die Neubestellung der Organe zu sorgen, sondern sich auf die Verwaltung des in der Schweiz gelegenen Vermögens zu beschränken hat<sup>39</sup>, ergibt sich aus dem subsidiären Charakter, der schweizerische Massnahmen gegenüber der eigentlichen ausländischen Zuständigkeit<sup>40</sup> kennzeichnet.

### 2. Ausnahme: Ausländisches Recht

#### a) *Existenz- (Rechts-) und Handlungsfähigkeit der AG*

Einigkeit herrscht insofern, als das Personalstatut diese Fragen entscheidet<sup>41</sup>, wobei aber einmal auf das Recht des Heimatstaates<sup>42</sup>, dann auf dasjenige des Sitzlandes<sup>43</sup> verwiesen wird.

Nach Schnitzer<sup>44</sup> gewinnt die Inkorporationstheorie mehr und mehr an Boden und erweist sich als der Sitztheorie rechtstheoretisch überlegen. Das BGer. hat bislang nicht schlüssig entschieden und in BGE 80 II 53 ff. die Frage ausdrücklich offengelassen<sup>45</sup>. Mochte BGE 95 II 448 ein Bekenntnis zur Inkorporationstheorie enthalten, so ist 99 II 260 E 8 wieder offener<sup>46</sup>.

38 Kaufmann vor 392 N 28; BGE 51 II 262; Alexander 48; Egger 396 N 12; Jäggi 550; vgl. Schnitzer 179 ff.; Guldener (zit. Anm. 21) 7 ff.

39 Schrott 11 ff.

40 Vgl. § 6. A.

41 Vgl. Siegwart vor 620 N 370 f.; Schnitzer 324, 328; Frank Vischer: Internationales Privatrecht, in: Schweizerisches Privatrecht, Erster Band: Geschichte und Geltungsbereich, Basel und Stuttgart 1969, 509 ff., 572 und 574; Forstmoser/Meier-Hayoz 87 N 6.

42 Schrott 13.

43 von Waldkirch 74; Ulrich Luchsinger: Die Rechtsstellung der ausländischen AG in der Schweiz, Diss. Bern 1939, 12 und 14.

44 312; zust. Vischer l.c. 571 mit weiteren Zit.; vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz 86 N 4.

45 Max Keller/Carsten Schulze/Marc Schaetzle: Die Rechtsprechung des BGer. im Internationalen Privatrecht und in verwandten Rechtsgebieten, Band II: OR, Zürich 1977, 450.

46 Forstmoser/Meier-Hayoz 86 N 4.

## b) *Vorbehalt des ordre public*

Ausländisches Recht wird nur unter diesem Vorbehalt angewendet<sup>47</sup>.

## III. Zuständige Behörde

Hier gilt ebenfalls Territorialprinzip i.S. des BGer.<sup>48</sup>.

### 1. Schweizerische AG

Ausgangspunkt bildet ZGB 396 II. Danach ist nicht unbedingt die Vormundschaftsbehörde am Sitz der AG zuständig<sup>49</sup>. Ein solcher könnte bei der hier vertretenen Inkorporationstheorie übrigens fehlen. Es entscheidet vielmehr der Ort, wo der Verwaltungsrat seinen Sitz hatte<sup>50</sup>. Liegt auch dieser im Ausland, wird es analog NAG 30<sup>51</sup> auf die Inkorporation ankommen, es bestünde denn von früher her eine intensivere Beziehung zu einem anderen inländischen Ort, sei es primär durch einen Verwaltungssitz oder sekundär durch Vermögenslage<sup>51a</sup>.

### 2. Ausländische AG

Nach ZGB 396 II<sup>52</sup> ist die Vormundschaftsbehörde des Ortes zuständig, wo der Hauptbestandteil des Vermögens bisher verwaltet wurde, und wenn es daran fehlt, die Vormundschaftsbehörde des Ortes, wo sich das Vermögen zur Hauptsache befindet<sup>53</sup>.

Probleme stellen mitunter der Begriff des Vermögens und dessen Lage. So wurde es abgelehnt<sup>54</sup>, ausländischen Aktiengesellschaften, die Aktionäre einer schweizeri-

47 Schrott 13; vgl. BGE 51 II 264, 50 II 513, 76 III 65 f. mit weiteren Zit., 79 II 91 ff.; von Waldkirch 74 f.; Max Keller/Kurt Siehr: Einführung in die Eigenart des Internationalen Privatrechts, 2. Auflage, Zürich 1979, S. 12 ff. mit weiterführender Lit.

48 Zit. Anm. 23; vgl. BGE 51 II 262; Alexander 48; Egger 396 N 12; Schrott 11 f.

49 So Houriet (zit. Anm. 21) 100.

50 Vgl. Schrott 14.

51 Vgl. Egger 396 N 10; Kaufmann 396 N 32; BGE 56 II 10; MBVR 13 152 f., 17 191 Nr. 44.

51a Vgl. Schnitzer 45 ff.; Werner Niederer: Einführung in die allg. Lehren des internationalen Privatrechts, 3. Auflage, Zürich 1961, S. 147 ff.

52 Alexander 48; VEB 33 91 f.

53 Schrott 14; Kaufmann/Kaufmann 933 S. 11; BGE 51 II 263; Kaufmann, Beistandschaft 45; Jäggi 550 spricht von analoger Anwendung von ZGB 396 II.

54 ZVW 1 98 ff.

schen AG waren und deren Aktien überdies in der Schweiz deponiert waren, einen Beistand zu bestellen. In Anlehnung an das bisher Ausgeführte wäre indessen die schweizerische Zuständigkeit zu bejahen gewesen<sup>55</sup>, sei es, dass man Vermögenswerte als am Depositionsort oder, mangels eines solchen, als am Ort des schweizerischen Hauptverwaltungssitzes gelegen annehme<sup>56</sup>. Die gleichen Überlegungen führen zur Zuständigkeit unserer Behörden für ausländische Aktiengesellschaften, die Gläubiger inländischer Schuldner sind<sup>57</sup>. Das Vermögen gilt dann als am Hauptverwaltungssitz der schuldnerischen Güter gelegen und nicht etwa am Erfüllungsort<sup>58</sup>.

#### 4. Kapitel

#### Übertragung der Beistandschaft

Die Beistandschaft hat keinen Einfluss auf den Wohnsitz der verbeiständeten Person<sup>1</sup>, d.h. ZGB 25 I gilt nicht; und an sich kann der Verbeiständete auch ohne Zustimmung der Vormundschaftsbehörde den Wohnsitz wechseln<sup>2</sup>. Das ergibt sich aus ZGB 417.

Doch eine verbeiständete AG ist meist gerade nicht mehr handlungsfähig, weshalb sich dann m.E. für eine solch grundlegende Entscheidung die Anwendung von ZGB 421 Ziff. 14 i.V.m. 419 II aufdrängt.

Nun kommt für die Verwaltungsbeistandschaft nichts auf den Wohnsitz an. So wird sie wegen ZGB 396 II denn auch für unübertragbar gehalten<sup>3</sup>. Machen indessen irgendwelche Gründe eine Verlegung des Hauptverwaltungssitzes nötig, so tritt m.E. ZGB 377 in sein Recht<sup>4</sup>.

Ein zweites Anwendungsfeld für ZGB 377 eröffnet sich in Fällen mit internationalen Implikationen.

55 Kaufmann, Beistandschaft 46 in Kritik des Entscheides.

56 Vgl. Egger 396 N 3.

57 Entgegen ZVW 4 138 ff.

58 Wie ZVW 4 140 Nr. 50 noch annehmen würde.

1 ZVW 14 28 Nr. 9.

2 Egger 396 N 2; Sauter 28 f.; Kaufmann 417 N 4 mit Verweis auf BGE 42 I 374 f.; Pfander 39.

3 Specker 26; Spitzer 3.

4 Vgl. Egger 396 N 2; Kaufmann 396 N 12.

## § 5. Inländische Fälle

### A. Voraussetzungen der Übertragung<sup>1</sup>

Kumulativ müssen erfüllt sein<sup>2</sup>:

#### I. Zustimmung der Vormundschaftsbehörde zur Verlegung des Verwaltungshauptsitzes<sup>3</sup>

Diese Zustimmung kann stillschweigend erfolgen, z.B. durch Duldung. Die Vormundschaftsbehörde darf die Zustimmung nicht willkürlich ablehnen, insbes. nicht nach längerer Duldung des neuen Sitzes<sup>4</sup>. Zustimmung und Übertragung decken sich nicht und können zeitlich auseinanderfallen<sup>5</sup>.

#### II. Längere Dauer des neuen Verwaltungshauptsitzes<sup>6</sup>

Um festzustellen, ob wirklich ein dauerhafter neuer Verwaltungshauptsitz begründet wird, soll einige Monate bis zwei Jahre zugewartet werden<sup>7</sup>.

Es kommt wohl auf die Umstände des Einzelfalles an, wann die Übertragung erfolgen kann und muss.

#### III. Rechtskräftiger Übergabebeschluss der alten Vormundschaftsbehörde<sup>8</sup>

Zu verlangen ist ein ausdrücklicher Beschluss<sup>9</sup>. Zur Übergabe müssen Schlussbericht und -rechnung erstattet, abgenommen und samt Mündelvermögen und Übergabebeschluss der neuen Vormundschaftsbehörde zugestellt werden<sup>10</sup>. Das Ende einer

1 Spitzer 10 ff.; ZVW 16 60 f.

2 Vgl. BGE 39 I 608 E 2; ZVW 13 72 f. E 2b; Curti 377 N 5; Egger 377 N 11; Kaufmann 377 N 16.

3 ZVW 26 30.

4 Spitzer 11; BGE 56 I 179.

5 Specker 23.

6 Spitzer 11; ZVW 15 115.

7 Spitzer 5; ZVW 24 159 E 2c: nach Praxis 1–2 Jahre; BGer. in ZVW 27 106 E 2b: 1 Jahr wünschbar, aber nicht absolute Bedingung.

8 ZVW 26 30.

9 A.M. offenbar Specker 23.

10 Spitzer 12; Egger 377 N 14; Kaufmann 377 N 21.

Rechnungsperiode braucht nicht abgewartet zu werden<sup>11</sup>. Unstatthaft wäre es, bei Verantwortlichkeit der alten Vormundschaftsbehörde die Beistandschaft aufzuheben und der neuen Vormundschaftsbehörde Wiedererrichtung zuzumuten<sup>12</sup>.

#### IV. Rechtskräftiger Übernahmebeschluss der neuen Vormundschaftsbehörde<sup>13</sup>

Die neue Vormundschaftsbehörde hat vorgängig die Voraussetzungen von ZGB 377 zu prüfen. Allerdings ist ihre Kognition bezüglich Richtigkeit vormundschaftlicher Massnahmen beschränkt, ansonsten die Zuständigkeitsvorschriften hinfällig würden. Wohl aber muss die neue Vormundschaftsbehörde untersuchen, ob die Anordnungen der alten Vormundschaftsbehörde rechtskräftig und nicht mit Nichtigkeit behaftet sind oder ob gar ein Nichtakt vorliegt<sup>14</sup>.

Erforderlich ist ein formeller Beschluss der neuen Vormundschaftsbehörde<sup>15</sup>, welcher der alten Vormundschaftsbehörde mitgeteilt werden muss, weil erst nach dessen Eintreffen ihre Obsorgepflicht erlischt<sup>16</sup>. Erst in diesem Moment beginnt m.E. die Zuständigkeit der neuen Vormundschaftsbehörde; andernfalls besteht die Gefahr widersprüchlicher Anordnungen.

Es darf nicht vor Übernahme eine neue Beistandschaft errichtet, vielmehr muss Übertragung verlangt werden. Nur so vermeidet man Doppelbeistandschaft<sup>17</sup>.

Und schliesslich kann die rechtskräftige Übernahme nicht widerrufen oder rückgängig gemacht werden<sup>18</sup>.

### B. Einzelfragen

#### I. Neuer Beistand?

Nach Kaufmann<sup>19</sup> bleibt der Beistand im Amt, da weder ein Ausschliessungs- noch ein Ablehnungsgrund vorliege; nach Egger<sup>20</sup> legt aber doch die Anpassung an die veränderten Verhältnisse regelmässig eine Neubestellung nahe; nach einer dritten Meinung ist dies immer der Fall<sup>21</sup>. M.E. kann der alte Beistand die Weiterführung

11 MBVR 42 24 f.

12 Specker 23 f.

13 ZVW 26 30.

14 Specker 26 ff.; Kaufmann 377 N 1; ZVW 10 150.

15 Spitzer 12; a.M. Specker 24; ZVW 13 72 E 2a, 16 60 f. Nr. 16.

16 Specker 24; Kaufmann 377 N 20; vgl. Egger 377 N 14 f.

17 Curti 377 N 5; Specker 24.

18 Spitzer 12; ZVW 8 30 Nr. 8.

19 377 N 21.

20 377 N 14.

21 Specker 29; ZVW 13 72 E 2a, 16 60; Spitzer 12.

seines Amtes nicht ablehnen, es sei ihm denn aus geographischen Gründen unzumutbar<sup>22</sup>; Übertragung als solche begründet keine neue Beistandschaft und damit keine neue Amtsdauer; Beibehaltung des alten Beistandes wird schliesslich meist im (Kontinuitäts-)Interesse der AG liegen.

## II. Veröffentlichung (ZGB 377 III)

Solange kein neuer Beistand ernannt wird, ist eine Veröffentlichung nicht geboten<sup>23</sup>.

## III. Ansprüche

ZGB 377 II besagt nicht etwa, dass ipso facto ein Erlöschen der bisherigen Zuständigkeit eintritt, sondern er begründet lediglich je Recht und Verpflichtung<sup>24</sup> von alter/neuer Vormundschaftsbehörde auf Übergabe und Übernahme der Beistandschaft<sup>25</sup>.

Allerdings kann die "neue" Vormundschaftsbehörde die Übernahme ablehnen, falls die Verlegung des Verwaltungshauptsitzes sachlich nicht gerechtfertigt ist und den Mündelinteressen zuwiderläuft, etwa wenn eine finanziell oder sonst lästige Beistandschaft abgeschoben werden soll<sup>26</sup>.

Dem Verbeiständeten gibt die Praxis keinen Anspruch auf Übertragung, da es schon an einem solchen auf Verlegung des Verwaltungshauptsitzes gebreche<sup>27</sup>, lässt ihn aber doch zur Vormundschaftsbeschwerde zu<sup>28</sup>. Dieser Widerspruch ergibt sich nicht sosehr aus der breiten Anwendung von ZGB 420 und den beschränkten bundesgerichtlichen Rechtsmitteln, als vielmehr daraus, dass das BGer. seine Kognition enger zieht als nötig<sup>29</sup>.

22 Ein wegen ZGB 382 in 383 fehlender Ablehnungsgrund, der aber Nichteignung i.S. von 379 I begründet und auch die Regel von 443 II bricht.

23 Vgl. § 34. A.

24 ZVW 25 145 f., vgl. 21 102 E 2.

25 Curti 377 N 5; ZVW 15 30 Nr. 1 E 1, 10 148 f.; BGer. in 2 60 E 2; Specker 31; Kaufmann 377 N 5b; Egger 377 N 11; MBVR 38 171 Nr. 85.

26 BGE 95 II 516 E 3a mit Zit., 81 I 51 f.; BGer. in ZVW 27 105 f.

27 BGer. in ZBl 55 139; vgl. ZBl 55 137.

28 ZVW 10 148 f.; Spitzer 11 ff.

29 Vgl. nachfolgend IV.

## IV. Rechtsmittel

Alle Erfordernisse der Übertragung (neuer Verwaltungshauptsitz, Zustimmung, Übergabe und -nahme) können durch rechtskräftigen Entscheid der obersten kantonalen Aufsichtsbehörde (innerkantonal) oder des BGer. (interkantonal) ersetzt werden. Deren Spruch ist schlechthin konstitutiv<sup>30</sup>.

## 1. Vormundschaftliche Beschwerde (ZGB 420)

Sie steht zur Verfügung gegen Nichtzustimmung zur Verlegung des Verwaltungshauptsitzes – aktivlegitimiert ist m.E. immer der Beistand und je nach Interessenlage eventuell die “neue” vormundschaftliche Behörde –, gegen missbräuchliche Begründung eines neuen Verwaltungshauptsitzes durch alte Vormundschaftsbehörde – aktivlegitimiert ist m.E. der Beistand und die neue Vormundschaftsbehörde<sup>31</sup> –, Übertragung und Übernahme der Beistandschaft bzw. deren Verweigerung – aktivlegitimiert ist m.E. immer der Beistand und die betroffene vormundschaftliche Behörde<sup>32</sup>.

## 2. Bundesgerichtliche

Wegen Anständen nach ZGB 377 ist Berufung ausgeschlossen, da OG 44e diesen Artikel nicht erwähnt<sup>33</sup>; ebenso Nichtigkeitsbeschwerde nach OG 68 Ib wegen örtlicher Zuständigkeit<sup>34</sup>, da ZGB 377 keine Vorschrift über örtliche Zuständigkeit darstellt<sup>35</sup>.

Zuständigkeitsstreitigkeiten zwischen Vormundschaftsbehörden verschiedener Kantone können aber nach OG 83e von den Behörden selbst oder in ihrer Vertretung durch den Regierungsrat vor BGer. gebracht werden<sup>36</sup>, und zwar ohne Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges<sup>37</sup>. Die Klage ist an keine Frist gebunden<sup>38</sup>. Legitimiert sind alte und neue vormundschaftliche Behörde<sup>39</sup>, dagegen nicht

30 Specker 25 f.

31 Curti 377 N 5.

32 Vgl. Spitzer 13; Kaufmann 377 N 25; BVR 1978 302 E 1; Egger 377 N 11 f., 18.

33 Unbegreiflich daher BGE 81 I 45 f., wonach staatsrechtliche Klage nach OG 83e unzulässig ist, wenn Berufung nach OG 44e offensteht.

34 O.K. Kaufmann: Wohnsitzwechsel des Mündels und Übertragung der Vormundschaft, in: ZBl 47 25 ff., 28.

35 BGE 86 II 288, 290; was denn sonst?

36 BGer. in ZVW 6 101 Nr. 30 E 2.

37 BGE 71 I 159 E 1, 39 I 68, 85 I 112 E 2; Schwarz 106.

38 BGer. in ZVW 2 60 E 1.

39 Kaufmann 377 N 26 f.

die Vormundschaftsbehörde, deren Übertragungsbeschluss die Aufsichtsbehörde aufgehoben hat<sup>40</sup>, und allg. nicht Dritte<sup>41</sup>. Das Verfahren ist schriftlich und Kosten werden nicht auferlegt, sofern nicht vorwiegend aus fiskalischen Gründen geklagt wurde<sup>42</sup>. Das BGer. kann eine Vormundschaftsbehörde zur Übernahme einer bestimmten Beistandschaft anweisen. Seine Überprüfungsbefugnis ist nicht beschränkt<sup>43</sup>.

Dem Beistand steht die staatsrechtliche Klage nach OG 83e nicht zu<sup>44</sup>. Das entspricht der Natur von OG 83. Dann darf man aber nicht sagen, OG 83e mache eine staatsrechtliche Beschwerde des Verbeiständeten überflüssig<sup>45</sup>. Überzeugt die Begründung für die Ablehnung der staatsrechtlichen Beschwerde nicht<sup>46</sup>, so entfällt sie doch wegen OG 84 II insofern, als entgegen dem BGer.<sup>47</sup> ZGB 377 II eine Zuständigkeitsvorschrift darstellt (vgl. Abschnittstitel), deren Verletzung nach OG 68 Ib gerügt werden kann. Im übrigen, z.B. wegen Verweigerung der Zustimmung zum Wechsel des Verwaltungshauptsitzes, muss die staatsrechtliche Beschwerde offenstehen.

## § 6. Internationale Fälle

### A. Ausländische AG

Nach Alexander<sup>1</sup> gilt NAG 33 nicht für Beistandschaft. M.E. ist er jedoch der internationalen Ordnung wegen analog anzuwenden.

#### I. Zuständiger Staat

Was soll dabei als ausländische zuständige Heimatbehörde gelten? Kein Problem ergibt sich, wenn der Staat das Begehren stellt, wo die AG inkorporiert ist und sowohl Sitz, Hauptvermögen als auch Verwaltungshauptzentrum hat. Verteilen sich In-

40 BGE 86 II 291 Nr. 45; ZVW 21 101 f.; m.E. muss das Interesse des Verbeiständeten an objektiver Abklärung der Sorge vorgehen, die Verwaltungshierarchie vor Turbulenzen zu bewahren.

41 Specker 31; Egger 377 N 18.

42 Spitzer 14.

43 BGer. in ZVW 27 105 E 1; dasselbe in SJ 75 354 f.

44 BGE 86 II 291 Nr. 45; BGer. in ZBl 55 137 f.; vgl. auch ZVW 10 148 f.: kein Anspruch des Verbeiständeten auf Verfahren nach OG 83e.

45 BGer. in ZBl 55 139.

46 Vgl. BGer. in ZBl 55 138 E 3; abwegig Spitzer 13, der mutmasst, dass die Vormundschaftsbehörde kaum je Zustimmung nach ZGB 421 Ziff. 8 erteilen dürfte.

47 BGE 86 II 288, 290.

1 68.

korporation, Sitz, Hauptvermögen und Verwaltungszentrum auf zwei, drei oder vier Staaten und stimmen deren internationalprivatrechtlichen Ordnungen überein, so ist dies auch von der Schweiz anzuerkennen<sup>2</sup>. Beanspruchen zwei, drei oder vier Staaten zugleich die Zuständigkeit, so entscheidet m.E. und in Übereinstimmung mit dem Territorialprinzip (ZGB 396 II) primär das Verwaltungszentrum, sekundär die Lage des Hauptvermögens, tertiär das Domizil und in letzter Linie die Nationalität. Diese Ordnung scheint mir den mitspielenden Interessen am gerechtesten zu werden.

## II. Grundsätze

Der so bestimmte Staat, der Gegenrecht hält, hat Anspruch auf Abtretung<sup>3</sup>. Gegenrecht braucht nicht durch Vertrag zugesichert zu sein; es genügt, wenn es sich aus der internen Gesetzgebung des Auslandes ergibt<sup>4</sup>. Als Übernahmebegehren dürfte konkludentes Verhalten der ausländischen Behörde nicht genügen<sup>5</sup>, und zwar im Interesse der Rechtssicherheit. Ob die Abtretung im Mündelinteresse liegt, entzieht sich — nach allg. internationalprivatrechtlichem Grundsatz — der Überprüfung durch die schweizerische Behörde<sup>6</sup>, *ordre public* vorbehalten.

## III. Verfahren

Wegen Verschiedenheit der Gesetze ist eine Übertragung der Beistandschaft im technischen Sinne von ZGB 377 nicht möglich<sup>7</sup>. Sie muss deshalb nach ZGB 439 II aufgehoben werden, sobald die ausländische Behörde die nötigen Massnahmen getroffen hat<sup>8</sup>. Dabei bedarf es der engen Kontaktnahme der beteiligten Behörden. In ZGB 451 ff. nehmen die ausländischen Behörden und Organe die Stelle des Amtsnachfolgers ein.

Nach Alexander<sup>9</sup> kann die schweizerische Zuständigkeit nur durch Rückabtretung wiederhergestellt werden. Dazu ist zu bemerken, dass die Schweiz erstens nur i.S. einer provisorischen Massnahme zuständig war und es daher jetzt eigentlich

<sup>2</sup> Vgl. Alexander 77.

<sup>3</sup> NAG 33; Alexander 68.

<sup>4</sup> BGE 33 I 768; Stauffer 33 N 3; Isenschmid 5; Alexander 71; Specker 35.

<sup>5</sup> Alexander 74; a.M. Stauffer 33 N 2 mit Verweis auf BGE 34 II 213; Specker 34; Isenschmid 5.

<sup>6</sup> Alexander 74.

<sup>7</sup> A.M. Isenschmid 26; Specker 37.

<sup>8</sup> Vgl. Isenschmid 26; nach Alexander 74 f. entstünde eine m.E. unerwünschte Lücke zwischen Aufhebung in der Schweiz und Neuordnung im Ausland.

<sup>9</sup> 75.

nicht mehr werden kann, und dass sie zweitens jederzeit ohne irgendwelchen zwischenstaatlichen Akt eingreifen muss, wenn sich dafür ein Bedürfnis einstellt.

## B. Schweizerische AG

Lässt ihr ein ausländischer Staat einen gleichwertigen Schutz angedeihen<sup>10</sup>, so kann je nach Interessen der AG gleich mit ihr verfahren werden wie mit einer ausländischen AG<sup>11</sup> bzw. ist gegenteils zu versuchen, in Umkehrung von NAG 33 die vormundschaftliche Fürsorge in schweizerische Hand zu bringen, wobei m.E.<sup>12</sup> die Gegenrechtsklausel aus dem Spiel gehalten werden muss.

## 5. Kapitel = § 7.

### Interkantonale Rechtshilfe<sup>1</sup>

Streitigkeiten auf diesem Gebiet entscheidet das BGer. nach OG 83b. Nach Lehre<sup>2</sup> und Rechtsprechung<sup>3</sup> müssen die Kantone einander in Vormundschaftssachen Rechtshilfe leisten. Die Pflicht zur Vollstreckung ausserkantonaler Verfügungen wird von der Lehre z.T. aus BV 61 abgeleitet<sup>4</sup>, fliesst aber nach der Praxis des BGer. aus dem ungeschriebenen Rechtsgrundsatz, dass alle Kantone bei der Durchführung des Bundesrechts mitzuhelfen haben. Für die Voraussetzungen darf SchKG 81 wegleitend sein. Demnach braucht es eine rechtskräftige Verfügung der zuständigen Behörde, eine regelrechte Vorladung bzw. Anhörung, und der Verjährung würde eine Prüfung entsprechen, ob nicht die beschlossene Massnahme wegen ungenützten Zeitablaufes sinnlos oder schädlich wäre; dagegen fehlt dem angegangenen Kanton die Berechtigung, den ausserkantonalen Entscheid frei auf seine Richtigkeit zu überprüfen, weil sonst Zuständigkeitsvorschriften und Rechtshilfe illusorisch würden<sup>5</sup>. Wohl aber darf er sich vergewissern, ob es sich um Anwendung von

10 Vgl. BGE 87 II 136.

11 A. hievor; vgl. Spitzer 3; ausnahmsweise; a.M. Alexander 89, der an der schweizerischen Zuständigkeit unbedingt festhält.

12 A.M. Specker 36; Alexander 96.

1 Vgl. zum Ganzen BGE 75 I 143 ff.

2 So für das Aufhebungsverfahren Kaufmann 434 N 9.

3 BGE 51 I 316 ff.; vgl. für das Aufhebungsverfahren ZBJV 52 574 f.

4 Kaum richtig nach H. Albißer: Die interkantonale Rechtshilfe im Vormundschaftswesen, in: ZVW 7 41 ff., 42 f.

5 Vgl. BGE 79 I 186.

Bundesrecht handle und nicht um mit diesem schlechterdings unvereinbare Grundsätze<sup>6</sup>.

## 6. Kapitel = § 8.

### Kantonale Verordnungen nach ZGB 425 im allgemeinen

#### A. *Umfang*

Formell bezieht sich ZGB 425 I nur auf 420–423<sup>1</sup>; nach Curti<sup>2</sup> geht es um die Mitwirkung in der Vormundschaftsführung überhaupt; jedenfalls hat ein Einschränkungsvorschlag wegen SchlT 52 m.E. keinen Sinn.

ZGB 425 II sodann spricht ausdrücklich die Art. 399–404 und 413 an<sup>3</sup>, wobei unter "Art" neben Form auch Inhalt zu verstehen ist<sup>4</sup>.

Immer haben die Kantone hier die bundesrechtlichen Grundsätze und Grenzen zu beobachten<sup>5</sup>, da ihre Aufgabe nur dienender Natur ist.

#### B. *Verpflichtung und Relativität der Genehmigung*

Nach dem deutschen Text sind die Kantone zum Erlass dieser Bestimmungen verpflichtet, nach dem romanischen ermächtigt. SchlT 52 II verpflichtet die Kantone, soweit Notwendigkeit besteht<sup>6</sup>. M.E. statuiert nun ZGB 425 in seinem formellen Umfang eine solche Notwendigkeit<sup>7</sup>. Unerheblich bleibt insofern die Kontroverse, dass der Genehmigungsvorbehalt nach SchlT 52 III nur für notwendige Bestimmungen gilt<sup>8</sup>, derjenige nach ZGB 425 III dagegen gemäss Kaufmann<sup>9</sup> für alle.

6 Albisser l.c. 44 ff.; offengelassen in BGE 75 I 145.

1 Vgl. Kaufmann 425 N 3: "vorab", wobei er dann seltsamerweise auch das Gebührenwesen einschliesst; Curti 425 N 2 erwähnt ZGB 420 nicht.

2 425 N 2.

3 Einschränkung Kaufmann 425 N 4 und Curti 425 N 6 ff.

4 Curti l.c.

5 Kaufmann 425 N 4 f.: z.B. Maximalfrist von ZGB 413 II; Egger 425 N 1 f.: z.B. Erweiterung von ZGB 421 f.

6 Kaufmann 425 N 7; Egger 425 N 1.

7 A.M. Kaufmann 425 N 7 und bezüglich Verordnung nach ZGB 401 I Disler 8 f. und Senn 11 f., weil dort die Verbeiständung diese Funktion wahrnehmen könne.

8 Emil Beck: Kommentar zum Schweizerischen ZGB, Band V: Schlusstitel, II. Abschnitt (Art. 51–63), Bern 1932, Art. 52 N 9; Alex Reichel: Kommentar zum Schweizerischen ZGB, Schlusstitel, Zürich 1916, Art. 52 N 5.

9 425 N 8; m.E. unzutreffend, da nicht anzunehmen ist, dass dieser Artikel weiter gehen will als der SchlT.

Sowohl das BGer. als auch kantonale Gerichte können<sup>10</sup> und müssen auch nach der Genehmigung prüfen, ob ein kantonaler Erlass mit dem Bundesrecht übereinstimmt<sup>11</sup>.

### *C. Rechtsform und Rechtskraft*

Der Verordnungsvorbehalt in SchlT 52 gilt nur für notwendige Bestimmungen<sup>12</sup>, ein weiteres Zeichen, dass es sich in ZGB 425 um solche handelt. Das kantonale öffentliche Recht regelt, wer diese Normen zu erlassen hat<sup>13</sup>. Die wichtigsten stehen in den kantonalen EG<sup>14</sup>. Nur fallweise Entscheidung wäre unzulässig, weil damit die bundesrätliche Genehmigung ausgespielt würde<sup>15</sup>.

Die kantonalen Erlasse entfalten vor Genehmigung keine Rechtswirkung<sup>16</sup>.

Weil notwendig, dürfen nach Beck<sup>17</sup> auch auf dem Gesetzgebungsweg erlassene Bestimmungen auf dem Verordnungsweg abgeändert werden, wenn dies erforderlich ist. Das kann aber nur in (schwer vorstellbaren) dringenden Fällen stimmen, da m.E. SchlT 52 II keine direkte Ermächtigung für den Ordnungsgeber darstellt, sondern eine solche für das kantonale öffentliche Recht.

10 BGE 99 II 163 E 3.

11 Beck l.c. N 11; Reichel l.c. N 6; Kaufmann 425 N 8.

12 Beck l.c. N 5; vgl. Reichel l.c. N 4; BGE 48 I 559.

13 Kaufmann 425 N 6; vgl. Zit. in Anm. 12.

14 Kaufmann 425 N 9.

15 Curti 425 N 3.

16 Beck l.c. N 10; Reichel l.c. N 5 f.; BGE 42 I 348.

17 L.c. N 8.

## 7. Kapitel

## Rechtsmittel

§ 9. *Beschwerde (ZGB 420)*A. *Zweck*

Nach einmütiger Lehre gilt ZGB 420 auch für Beistand und Beistandschaft<sup>1</sup>.

Er soll eine gesetzmässige und sorgfältige Führung der Beistandschaft sicherstellen<sup>2</sup>, insbes. eine fehlerhafte Vermögensverwaltung verhindern bzw. korrigieren<sup>3</sup> und allg. den zu wahren Interessen dienen<sup>4</sup>.

Was den Beistand betrifft, so soll ZGB 420 I m.E. weniger behördliches Einschreiten überflüssig machen<sup>5</sup>, als vielmehr einem diesbezüglichen Mangel abhelfen.

B. *Rechtsnatur*

Im Beschwerdeverfahren handelt es sich um Verwaltungstätigkeit, gleichviel ob die Beschwerdeinstanz ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde ist. Mag man daher auch insofern von freiwilliger Gerichtsbarkeit<sup>6</sup> sprechen, als Gerichte tätig bzw. private Interessen gewahrt werden, müssen doch auch für diesen Teil der vormundschaftlichen Aufsichtsfunktion verwaltungsrechtliche Grundsätze gelten<sup>7</sup> und liegt demnach eine Verwaltungsbeschwerde vor<sup>8</sup>.

1 Trüb 93; Kaufmann 420 N 1; Egger 420 N 9; Schwarz 45 Anm. 1.

2 Vgl. BGE 103 II 174; Kaufmann 420 N 9; Egger 420 N 6; Schwarz 23.

3 Good 78; Knapp 98.

4 Zu sehr auf den Verbeiständeten allein ausgerichtet BGE 103 II 174.

5 So Good 81.

6 Schwarz 25 ff.; vgl. BGE 100 II 7.

7 Boehlen 43, 46; Schwarz 128 f.

8 Good 79; Hefti 241; Knapp 99; Kaufmann 420 N 7; Egger 420 N 8 mit Zit.: insofern öffentliche Interessen gewahrt werden.

## C. Stellung der vormundschaftlichen Behörden

### I. Aufsichtsrecht und Eingreifen von Amtes wegen

Aus bestimmten Artikeln, wie ZGB 423, 445 ff., ergibt sich ein allg. Aufsichtsrecht der vormundschaftlichen Behörden<sup>9</sup>, dessen Ausübung von keinem formellen äusseren Anstoss abhängt<sup>10</sup>.

Trotz Fehlens eines Hinweises in ZGB 420 dürfen die vormundschaftlichen Behörden auch<sup>11</sup> und müssen m.E. von Amtes wegen gegen pflichtwidriges Handeln einschreiten.

Die Voraussetzungen werden verschieden umschrieben. So müssten die Verhältnisse einen Eingriff gebieterisch erfordern, etwa bei (offensichtlicher<sup>12</sup> oder krasser<sup>13</sup>) Gesetzesverletzung<sup>14</sup>; es müsse sich um völlig unhaltbare rechtliche Überlegungen einer Vorinstanz<sup>15</sup>, um Verletzung klaren Rechts oder Willkür<sup>16</sup> handeln. Schliesslich wird gesagt<sup>17</sup>, ZGB 420 schränke das selbständige Einschreiten der Behörde auf Fälle von Gesetzes- und Pflichtverletzungen ein, bes. von Nachlässigkeiten, welche die Interessen des Verbeiständeten gefährdeten oder schädigten. Im Sinne einer korrekten Amtsführung scheint mir ein Aktivwerden immer schon dann geboten, wenn Fehler festgestellt werden<sup>18</sup>, und sei es auch nur falsche Handhabung des Ermessens<sup>19</sup>, oder ganz allg., wenn die auf dem Spiele stehenden Interessen nicht richtig gewahrt werden<sup>20</sup>. Vorbehalten bleiben Rechte Dritter<sup>21</sup>.

### II. Rechtsbehelfe

Das allg. Aufsichtsrecht<sup>22</sup> bietet auch eine Handhabe für Rechtsbehelfe.

9 Egger 420 N 2.

10 Kaufmann 420 N 5 mit Hinweis auf ZGB 446 II; vgl. Schwarz 28 f., der auf Entscheidungs- und Weisungsrecht in der Verwaltungshierarchie verweist.

11 BGer. in ZVW 16 35 mit Zit. aus Lehre und Judikatur; Schwarz 31; a.M. offenbar Hefti 252 f. vorbehaltlich ZGB 446 ff.

12 BGer. in ZVW 16 35.

13 Schwarz 31.

14 ZVW 18 59 E 2.

15 ZVW 13 73 Nr. 16.

16 ZVW 13 115 E 2, 21 101.

17 Kaufmann 420 N 6.

18 Gl.M. Egger 420 N 3; Hefti 244: z.B. auf Mitteilungen Dritter, welche auf Wahrscheinlichkeit beruhen.

19 ZVW 30 119 E 1.

20 Vgl. BGE 89 I 102 f.

21 Vgl. den im übrigen zweifelhaften Entscheid in ZVW 25 35 E 1.

22 Und nicht etwa ZGB 420, wie Egger 420 N 3 sagt, denn daraus könnte ebensogut auf Erfordernis einer formellen Beschwerde geschlossen werden.

## 1. Aufsichtsbeschwerde

Sie bedarf keiner gesetzlichen Grundlage. Voraussetzungen bezüglich Formen und Fristen gibt es nicht<sup>23</sup>. Zudem ist die Anzeige eine Popularbeschwerde. So kann sie die Beschwerde nach ZGB 420 ersetzen, wenn eine Voraussetzung derselben fehlt. Die Vormundschaftsbehörde wird z.B., wenn ihr das Beschwerderecht verweigert wird, oft auf die Anzeige verwiesen<sup>24</sup>. Allerdings ist die Aufsichts- im Gegensatz zur Vormundschaftsbeschwerde nicht verbindlich, es sei denn, die vorgesetzte Behörde müsste von Amtes wegen einschreiten<sup>25</sup>. Die Behörde schuldet weder Rechenschaft noch Begründung, noch Einblick in die Untersuchungsergebnisse<sup>26</sup>.

Einige Kantone scheinen indes zum Ausgleich ihrer strengen Praxis bei ZGB 420 hier kulanter zu sein<sup>27</sup>.

## 2. Wiedererwägungsgesuch<sup>28</sup>

Auch dieses ist weder an Formen noch Fristen<sup>29</sup> gebunden. Warum aber nur der Adressat einer Anordnung legitimiert sein soll<sup>30</sup>, sehe ich nicht ein.

Die verfügende Behörde muss das Gesuch zur Kenntnis nehmen, um allfällig begründeten Vorbringen (neue erhebliche Tatsachen) gerecht zu werden. Fehlt es an solchen, lässt sich ein Nichteintreten mit sachlichen Gründen und vor BV 4 rechtfertigen<sup>31</sup>. Kenntnisnahme hat aber keine aufschiebende Wirkung und gibt keinen Anspruch auf neuen Entscheid<sup>32</sup>. Eintreten auf ein Gesuch verbietet sich zudem, wenn dadurch Rechte Dritter verletzt werden<sup>33</sup>. Gegen eine auf Wiedererwägungsgesuch – wie auf Anzeige – hin neu getroffene Verfügung kann normal Beschwerde nach ZGB 420 geführt werden<sup>34</sup>.

23 Schwarzenbach 135.

24 BGer. in ZVW 16 36 E 1; ZVW 18 59.

25 ZVW 23 111 Nr. 36 E 1, 27 33 E 2b; vgl. ZVW 13 72 E 2, 115; MBVR 47 180 Nr. 61 E 3.

26 Imboden/Rhinow 1069 f.

27 Schwarz 31 ff.

28 Vgl. Imboden/Rhinow 218 f., 255 f.

29 Schwarzenbach 135; ZVW 22 120: dies mangels Rechtskraft von Verfügungen.

30 So Schwarz 36.

31 BGer. in ZVW 28 120 E 5.

32 ZVW 22 120.

33 Vgl. den sonst zweifelhaften ZVW 25 35 E 1 f.

34 SJZ 34 201 Nr. 146; ZVW 6 141 E 1; Schwarz 36 f.

## D. Zeitliche Begrenzung

Eine Beschwerde ist gegenstandslos, und es ist daher auf sie nicht einzutreten<sup>35</sup>, wenn keine Korrektur der angefochtenen Massnahme mehr herbeigeführt werden kann<sup>36</sup>. Das gilt insbes. nach Ende der Beistandschaft<sup>37</sup>. Es bleibt hier nur noch die Verantwortlichkeitsklage<sup>38</sup>.

Das Ende des beistandschaftlichen Amtes als solches hat entgegen Kaufmann<sup>39</sup> nicht diese Wirkung, da Handlungen des alten Amtsinhabers nicht dahinfallen. Zudem unterliegt auch die Geschäftsführung nach ZGB 444 der Beschwerde<sup>40</sup>.

## E. Beschwerdegegenstand

### I. Beim Beistand (ZGB 420 I)

#### 1. Handlungen und Unterlassungen

Die Beschwerde richtet sich gegen Handlungen tatsächlicher oder rechtlicher Natur sowie Unterlassungen des Beistandes, z.B. Verweigerung einer Zustimmung, Säumnisse, Pflichtvernachlässigungen<sup>41</sup>. Aber nicht jegliches Verhalten ist anfechtbar<sup>42</sup>.

So gibt es keine Vormundschaftsbeschwerde gegen blossе Meinungsäusserungen<sup>43</sup>, Begründung von Entscheiden, gegen befürchtete oder vermutete Massnahmen, sondern bloss Aufsichtsbeschwerde<sup>44</sup>. Hingegen muss ein Erfolg noch nicht eingetreten sein<sup>45</sup>, weshalb nicht einzusehen ist, warum die Beschwerde dort nicht zugelassen werden sollte, wo der Beistand bloss Anträge stellt, aber eine vormundschaftliche Behörde entscheidet (z.B. ZGB 421 ff.)<sup>46</sup>; denn die spätere Gewährung der Beschwerde erschwert die Stellung des Beschwerdeführers und bringt ihn um eine Instanz.

35 ZVW 8 38.

36 Kaufmann 420 N 9, ungenau N 20 und auch Good 81, wo eine solche Beschwerde als zwecklos bezeichnet wird; SJZ 32 281 Nr. 198, 33 239 Nr. 48; Schwarz 54, 111; ZVW 23 160, 24 105; vgl. SJZ 13 213 Nr. 182.

37 ZVW 25 75 Nr. 21.

38 Egger 420 N 37, 42; Kaufmann 420 N 21; Knapp 98; SJZ 24 9 Nr. 3, 22 Nr. 18; ZVW 11 112, 12 40, 23 71 f., 26 103; Hefti 247 erwähnt noch Massregelung des Beistandes nach ZGB 445 ff., doch ist ja so lange Beschwerde gerade noch möglich (ZGB 450).

39 420 N 21; so auch ZVW 8 39 Nr. 11 und wohl Egger 420 N 12.

40 Egger 420 N 12; vgl. Schwarz 48.

41 Egger 420 N 22; Curti 420 N 1.

42 So Knapp 91.

43 Kaufmann 420 N 8.

44 Schwarz 46 f., 49.

45 Hefti 242.

46 So Schwarz 47, 49.

## 2. Verhalten in beistandschaftlichen Angelegenheiten<sup>47</sup>

Die Beschwerde muss sich gegen ein Verhalten des Beistandes als solchen richten. Deshalb entfällt sie, wenn er z.B. speziell als Rechtsanwalt oder Prokurist, nicht aber schon kraft Vormundschaftsrechts für den Verbeiständeten tätig wird. Anders aber, wenn der Beistand gegen Gesetze verstösst, die auf ihn in dieser Eigenschaft zur Anwendung gelangen können, z.B. Stellvertretungs- und Auftragsrecht des OR<sup>48</sup>.

## II. Bei den vormundschaftlichen Behörden (ZGB 420 II)

Nicht nur Beschwerdeentscheide der vormundschaftlichen Behörde, sondern alle ihre Beschlüsse können angefochten werden, für die sie nach ZGB zuständig ist<sup>49</sup>, also bes. auch Mitwirkungsbeschlüsse oder deren Verweigerung nach ZGB 421–423<sup>50</sup>, Weisungen<sup>51</sup>, Entscheide auf Anfrage hin. Auch hier gibt es die Beschwerde wegen Säumnissen und Verschleppungen und auch hier ist sie ausgeschlossen wegen blossen Meinungsäusserungen<sup>52</sup>. Aus den vorn I. 1. angeführten Gründen kann ich wiederum der Ansicht nicht zustimmen, dass blosser Anträge der Vormundschaftsbehörde/unteren Aufsichtsbehörde an die entscheidende (obere) Aufsichtsbehörde im Rahmen von ZGB 422 nicht beschwerdefähig sein sollen<sup>53</sup>. Annehmbar erscheint eine solche Beschränkung dagegen bei Zwischenverfügungen und Vorbereitungshandlungen<sup>54</sup>, wenn sie keine sachliche Entscheidung enthalten<sup>55</sup> und nicht geeignet sind, die Stellung des Beschwerdeführers zu beeinträchtigen.

## III. ZGB 420 als umfassendes Rechtsmittel

ZGB 420 mit seinen Grundsätzen gilt auch für die Beschwerde nach ZGB 450<sup>56</sup>, da dieser Artikel keinerlei nähere Angaben enthält als die Statuierung der Beschwerde. Umstritten ist indessen das Verhältnis zwischen ZGB 420 und 388. Nach Kauf-

47 Schwarz 46.

48 Hefti 243.

49 Kaufmann 420 N 1, 27; ZVW 2 69 Nr. 36; a.M. offenbar noch SJZ 15 332 Nr. 219.

50 So Schroff 93 für ZGB 421.

51 Kaufmann 420 N 8; Hefti 242 für ZGB 400 und 403 f.

52 Egger 420 N 23; Schwarz 50, 53.

53 So Schwarz 51, 53.

54 ZVW 24 37 E 2.

55 Schwarz 53: z.B. Vernehmlassungen.

56 Kaufmann 420 N 45; wohl auch Egger 420 N 9.

mann und Egger<sup>57</sup> stellt ZGB 388 keinen Sonderfall dar, nach einer anderen Meinung<sup>58</sup> ist hier ZGB 420 nicht anwendbar. Richtig dürfte sein, ZGB 420 als subsidiäre Norm zu betrachten. ZGB 388 trifft in Abs. II bloss eine abweichende Regelung bezüglich des Beschwerdegundes (nur Gesetzeswidrigkeit), und aus Abs. III ergibt sich, dass Ablehnung und Anfechtung zuerst an die Vormundschaftsbehörde gehen.

Generell ist zu sagen, dass sich ZGB 420 nicht nur erstreckt auf die Führung der Vormundschaft (Titel von ZGB 398–430), sondern auf alle vormundschaftlichen Massnahmen. So gilt der Artikel insbes. auch in den Fällen von ZGB 386<sup>59</sup> und selbst gegenüber dem vorläufigen Vertreter<sup>60</sup>, wobei aber die Behauptung unerhört bleibt, ein Verbeiständungsgrund liege nicht vor<sup>61</sup>. Er findet dagegen nicht eo ipso Anwendung auf das Verbeiständungs-<sup>62</sup> und Aufhebungsverfahren, für welche nach ZGB 397 I i.V.m. 373 I und 439 II i.V.m. 434 I das kantonale Recht zuständig ist.

#### IV. Ausschluss zivilrechtlicher Streitigkeiten

Die Beschwerde dient nur der Anwendung des Vormundschaftsrechts. Zivilrechtliche Ansprüche müssen mittels Klage geltend gemacht werden<sup>63</sup>, handle es sich um solche von Dritten gegenüber dem Verbeiständeten<sup>64</sup> oder von Dritten<sup>65</sup> oder dem Verbeiständeten gegenüber den vormundschaftlichen Behörden<sup>66</sup>.

Man kann aber nicht allg. sagen, dass die Beschwerde nur zulässig sei, wo das Gesetz nicht eine Klage vorschreibe, wie z.B. bei ZGB 430<sup>67</sup>; eher trifft zu, dass hier eine Beschwerde möglich, aber nicht notwendig ist<sup>68</sup>, solange es nicht um Verantwortlichkeitsansprüche, d.h. solange es um vormundschaftsrechtliche Anliegen, geht. Wird daher gesagt, die Vermögensherausgabe nach ZGB 451 und 453 I

57 420 N 45 bzw. 9.

58 ZVW 4 137 Nr. 47, 22 32, 17 38 Nr. 9, 31 110 Nr. 15; Werner Baumann: Die Bestellung des Vormundes nach Art. 380 und 381 ZGB, in: ZVW 13 1 ff., 9; Schwarz 54.

59 Zipkes 94 f.; Egger 386 N 52; Kaufmann 386 N 20 und 45; ZVW 27 109 Nr. 21; MBVR 22 396, 61 410; SJZ 21 244 Nr. 61.

60 Kaufmann 386 N 32; Egger 386 N 37; Zipkes 79.

61 BGE 42 II 424 f.

62 Egger 420 N 9 f.

63 Egger 420 N 11.

64 ZBI 39 497; Knapp 94; SJZ 61 341 Nr. 162; ZVW 4 144 f., 22 153 f., vgl. auch 27 158; aber nicht, weil hier bloss persönliche und keine Verbeiständeteninteressen geltend gemacht werden (so Schwarz 55 f. und ZVW 14 35 f.) – vgl. dazu hinten G. und § 1. –, sondern weil hiezu einzig der Richter berufen ist.

65 ZVW 25 75 f.: z.B. zur Beschaffung von Prozessmaterial für Schadenersatzklage.

66 Kaufmann 420 N 47; Schwarz 55 f.; ZVW 31 114 E 1b, 6 155 E 1 und 157 E 4: z.B. zur Beschaffung von Prozessmaterial für Verantwortlichkeitsklage.

67 So Hefti 240.

68 Kaufmann 420 N 10.

sei auf dem Beschwerdeweg erzwingbar<sup>69</sup>, so stimmt das für die Feststellung der vormundschaftsrechtlichen Voraussetzungen hiefür, dagegen nicht für die sachen- und exekutionsrechtlichen Aspekte.

## *F. Beschwerdegründe*

Einigkeit besteht darin, dass die Beschwerde an keinerlei Verschulden gebunden ist<sup>70</sup>. Gutheissung einer Beschwerde indiziert daher noch nicht Verantwortlichkeit nach ZGB 426 ff.<sup>71</sup>.

### **I. Rechtswidrigkeit**

Unter Rechtswidrigkeit sind zu verstehen eigentliche Gesetzesverletzungen, dann auch Verletzung der pflichtgemässen Sorgfalt, Überschreitung der Befugnisse, Rechtsverweigerung und -verzögerung<sup>72</sup>. I.d.S. gelten auch Ermessensmissbrauch, d.h. Berücksichtigung sachfremder Motive, und Ermessensüberschreitung als rechtswidrig. Eine klare Grenze zwischen letzteren und Unangemessenheit (nachfolgend II.) existiert allerdings nicht<sup>73</sup>.

### **II. Handhabung des Ermessens**

#### **1. Grundsatz und Doktrin**

Während eigentliche Verwaltungsgerichte meist auf Rechtskontrolle beschränkt sind, findet bei der verwaltungsinternen Rechtspflege – und um solche geht es hier<sup>74</sup> – i. allg. eine umfassende Überprüfung statt. Eine Einschränkung auf Rechtskontrolle müsste als Abweichung vom Grundsatz ausdrücklich statuiert werden wie in ZGB 388 II<sup>75</sup>. Demnach handelt es sich in ZGB 420 um eine Ermessens- und keine blossе Rechtsbeschwerde<sup>76</sup>.

69 Kaufmann 420 N 48.

70 Hefti 250; Knapp 91, 99.

71 Good 78.

72 Schwarz 58 ff.; Kaufmann 420 N 18; Egger 420 N 25.

73 Schwarz 69 f.

74 Vgl. vorne B.

75 Vgl. ZVW 2 62 Nr. 30.

76 Boehlen 42 ff.; Kaufmann 420 N 18 f., 28; Hefti 250; Zipkes 95; a.M. Knapp 72, 82.

Auch die ratio legis spricht hierfür. Ermessensentscheide sind infolge der elastischen Ausdrücke im Gesetz sehr zahlreich und bedürfen der Kontrolle<sup>77</sup>. Zudem ruft der einschneidende Charakter mancher Massnahmen nach einer vollumfänglichen Überprüfung<sup>78</sup>.

## 2. Praxis

Wenn auch das mat. Recht den Beschwerdegrund festlegt<sup>79</sup>, so zeigt die kantonale Praxis doch grosse Unterschiede.

### a) Zulassung der Ermessenskontrolle

Die meisten Kantone lassen eine Ermessensbeschwerde zu<sup>80</sup>.

### b) Ausschluss der Ermessenskontrolle

Die Zürcher Justizdirektion<sup>81</sup> verbietet eine Ermessenskontrolle über den Vormund wegen dessen Selbständigkeit. Bern begründete die Festlegung auf Rechtskontrolle mit denjenigen Argumenten, die zur selben Beschränkung der Verwaltungsgerichte dienen, nämlich dass die Vormundschaftsbehörde die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse besser kenne. Ferner sollte das Verantwortlichkeitsgefühl der Vormundschaftsbehörde nicht gehemmt werden<sup>82</sup>. Mit Recht hat man eingewendet<sup>83</sup>, dass die Aufsichtsbehörde kraft Verwaltungshierarchie für die Vormundschaftsbehörde verantwortlich sei und auch die Verhältnisse kennen müsse, wenn sie nach ZGB 422 und 423 III tätig werden soll; Beschränkung auf Rechtskontrolle könne zudem die Verantwortung auch schwächen. Der Berner Regierungsrat als obere Aufsichtsbehörde hat daher später in ständiger Praxis Ermessenskontrolle geübt, allerdings mit Zurückhaltung und unter Erwägung der Verhältnisse des Einzel-

77 Lindegger 60 f.; Schwarz 65 ff.

78 Boehlen 46; Egger 420 N 24 ff.

79 Egger 420 N 29 ff.

80 Boehlen 44; vgl. etwa für Aargau ZVW 8 37 und 14 115; für Luzern ZVW 29 114 f. (lange Praxis); für Solothurn ZVW 15 137; Egger 420 N 27 konnte noch Graubünden hierher zählen, doch beschränkt sich der Kleine Rat in ZVW 23 37 Nr. 17 auf Willkürüberprüfung.

81 ZVW 23 156 E 2a und 24 76 Nr. 21 E 2.

82 Boehlen 45; vgl. die Praxis in ZVW 2 29 Nr. 11, 6 76, 15 35 und Zit. bei Kaufmann 420 N 19 und Egger 420 N 25.

83 Boehlen 45; Schwarz 128, vgl. auch 64.

alles<sup>84</sup>, wohingegen der Regierungsstatthalter Bern II als untere Aufsichtsbehörde in der alten beschränkten Kognition verharnte<sup>85</sup>. Neuenburg<sup>86</sup>, Waadt<sup>87</sup>, Freiburg<sup>88</sup> und Tessin haben sich die alte Berner Praxis zu eigen gemacht<sup>89</sup>, der auch Schroff<sup>90</sup> zustimmt. Schliesslich scheint selbst das BGer.<sup>91</sup> davon auszugehen, dass Beschwerde nach ZGB 420 nur bei Ermessensmissbrauch oder -überschreitung geführt werden kann.

### *c) Spezialfall bei zweigliedriger Aufsichtsbehörde*

Nach ZGB 361 II kann das kantonale Recht bestimmen, welche Rügen vor der oberen Aufsichtsbehörde erhoben werden dürfen<sup>92</sup>. Demnach mag sie auf Rechtskontrolle beschränkt werden<sup>93</sup>.

### 3. Modalität

Die Ermessenskontrolle ist mit Zurückhaltung zu üben<sup>94</sup>. Kann man in guten Treuen verschiedener Auffassung sein, soll nicht eingegriffen werden<sup>95</sup>.

## *G. Aktivlegitimation*

Legitimation zum vormundschaftlichen Beschwerdeverfahren setzt Prozessfähigkeit und diese Parteifähigkeit voraus (prozessrechtlicher Aspekt der zivilistischen Handlungs- und Rechtsfähigkeit)<sup>96</sup>. Jede Beschwerdeinstanz hat die Legitimation geson-

84 ZVW 15 157, 27 23 f. und 83, 31 114 E 2a; ähnlich der Solothurner Regierungsrat in ZVW 26 70 Nr. 19 E 6.

85 ZVW 22 119, 23 21 Nr. 7, 26 107 E 4.

86 ZVW 2 68 Nr. 35; vgl. immerhin Recueil de jurisprudence neuchâtelois 1953–1957 I 32, wo das offensichtlich unzweckmässig gehandhabte Ermessen überprüft wird.

87 ZVW 6 28 f., 7 36, 16 31.

88 SJZ 56 143 f.

89 Boehlen 44, 46; Schwarz 126 ff.

90 93 f.

91 BGE 87 I 213.

92 BGE 78 II 118.

93 Boehlen 45 f.; Kaufmann 420 N 38; vgl. Egger 420 N 58 ff.

94 Schwarz 64.

95 Boehlen 48; Egger 420 N 33 ff. und 58 f.; so für Aargau ZVW 14 115 f.; MBVR 68 352; für Zürich wohl auch ZVW 14 111; zu schwach Hefti 250 f. und Good 80, nach denen Behörde hier bloss nicht eingreifen muss.

96 Schwarz 72.

dert zu prüfen, so dass ungerechtfertigte Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren keine Legitimation vor oberer Instanz verschafft<sup>97</sup>.

Fehlt die Legitimation, so mag die Beschwerde als Anzeige entgegengenommen werden oder gegebenenfalls ein Einschreiten von Amtes wegen in Frage kommen<sup>98</sup>. ZGB 420 II nennt die Beschwerdeberechtigten nicht. Es ist kein Grund ersichtlich, nicht auch hier die gleichen Personen für aktivlegitimiert zu halten wie in Abs. I<sup>99</sup>.

## I. Beistand

Da die AG regelmässig handlungsunfähig ist, muss der Beistand an ihrer Stelle Beschwerde führen. Er ist hiezu verpflichtet, wenn die Interessen des Verbeiständeten es erfordern<sup>100</sup>, und jedenfalls und in eigenem Namen berechtigt, wenn dies zugunsten der durch die Beistandschaft zu schützenden Interessen geschieht<sup>101</sup>. Good<sup>102</sup> will dem Beistand eine Beschwerde gegen die untere Aufsichtsbehörde nicht mehr zumuten, doch muss auch hier die Interessenlage über eine allfällige Beschwerdeverpflichtung entscheiden.

Der Beistand kann nicht nur Beschwerdeentscheide (ZGB 420 I) gegen ihn nach ZGB 420 II weiterziehen, sondern sich auch beschweren, wenn sich die Vormundschaftsbehörde von seinen Befugnissen anmass<sup>103</sup> oder ihm unzweckmässige Weisungen erteilt<sup>104</sup>. Schliesslich darf er mit der Beschwerde auch sein persönliches Interesse z.B. im Falle von ZGB 416 wahren<sup>105</sup>. Die Legitimation lässt sich hier mit Analogie zu ZGB 450 begründen<sup>106</sup>.

## II. Interessierte Dritte

Da die Beschwerde richtige Amtsführung der vormundschaftlichen Organe bezweckt, reichen hier nur Interessen, die durch die Beistandschaft geschützt werden sollen<sup>107</sup>.

97 ZVW 34 39 E 1.

98 Vgl. vorn C. II. 1. und I.; ungenau Schwarz 78, der dann immer noch von Beschwerde spricht.

99 SJZ 21 289 Nr. 238; Kaufmann 420 N 28; Schwarz 79; ZVW 7 34 f., 27 158; Roos 44; Knapp 94.

100 ZVW 19 153 E 1; Knapp 94 f.; MBVR 37 231 f.

101 Egger 420 N 16, 18; vgl. BGE 83 II 186 E 2.

102 82; zust. Knapp 97.

103 Hefti 245, 254; ZVW 19 152 f.: unnachgiebiger Vormund bekommt einen Beistand vorgesetzt.

104 Good 81 f. mit Hinweis auf ZGB 421 f., 401, 403.

105 Kaufmann 420 N 16; Knapp 94.

106 Roos 45 ff.; Schwarz 79 f.; vgl. Egger 420 N 20; ZVW 19 152 f.

107 Kaufmann 420 N 13; Schwarz 81; ZVW 25 75 E 1, 32 69 E 3; Knapp 93; Hefti 242 ff.

## 1. Beschwerde im Interesse des Verbeiständeten

Dieses ist einmal gegeben, wenn Dritte Mündelinteressen wahrnehmen<sup>108</sup> und hiezu legitimiert erscheinen durch eine schutzwürdige, sachlich begründbare Beziehung rechtlicher, moralischer, amtlicher oder wenigstens tatsächlicher Natur zum Verbeiständeten<sup>109</sup>. Gebriecht es hieran, kommt wiederum die Anzeige in Frage<sup>110</sup>.

## 2. Beschwerde in eigenem Interesse

### a) *Herrschende Meinung*

Sie verneint die Legitimation dort, wo nicht Interessen des Verbeiständeten, sondern diesen entgegengesetzte Zwecke verfolgt werden<sup>111</sup>, wobei im Zweifelsfall allerdings die Legitimation zu bejahen ist<sup>112</sup>. Eine Beschwerde eines Dritten z.B., dessen Vertrag mit dem Mündel nicht genehmigt wird, kommt daher i. allg. nicht in Frage, selbst wenn der Dritte zur Anhebung des Genehmigungsverfahrens berechtigt war<sup>113</sup>. Anders nur bei Interessenkoinzidenz<sup>114</sup> oder wenn das Vormundschaftsrecht dem Dritten einen Anspruch einräumt<sup>115</sup>. Als Ausweg werden auch hier Anzeige und ferner zivilrechtliche Schritte empfohlen<sup>116</sup>, wobei letzteres eine Vermengung mit einem klar geschiedenen Rechtsmittel anderer Zwecksetzung darstellt.

### b) *Minderheit*

Nach ihr können auch bloss eigene Interessen<sup>117</sup>, etwa solche von Gläubigern des Verbeiständeten<sup>118</sup>, mit der Beschwerde gewahrt werden. So wurde sogar ein Dritter zugelassen, den die Vormundschaftsbehörde bei einem Grundstückverkauf nach ZGB 404 nicht berücksichtigt hatte<sup>119</sup>.

108 ZVW 33 73.

109 Egger 420 N 18, 21; Schwarz 81 f.; ZVW 20 75 f., 34 39 f.; Roos 47 f., der S. 51 m.E. zu Unrecht bloss Geschäftsbeziehungen als Anknüpfung nicht genügen lässt.

110 SJZ 35 200 Nr. 132.

111 Good 80; ZVW 7 35 Nr. 14; Kaufmann 420 N 14.

112 ZVW 17 99 E 1, 25 17 E 1.

113 BGE 103 II 174 f. bezeichnet diese Ansicht als zumindest nicht willkürlich.

114 ZVW 3 78 Nr. 19, 32 70 Nr. 6; Roos 50 ff.

115 Egger 420 N 20 f.; ZVW 17 74 E 1a, 33 73, 34 39 f.

116 Schwarz 84 f.

117 Hefti 242 ff., vgl. auch 254; weniger eindeutig Knapp 94.

118 Curti 420 N 3, 433 N 9.

119 ZVW 19 152.

M.E. erlaubt der Wortlaut von ZGB 420 I nicht, von einer Beschwerde zu verlangen, dass sie im Interesse des Verbeiständeten liege. Der Dritte muss allerdings gewärtigen, dass seine Interessen nur so weit geschützt werden, als sie mit den spezifisch vormundschaftsrechtlichen Interessen zusammenfallen.

### III. Vormundschaftsbehörde

Hiezu bestehen drei Auffassungen<sup>120</sup>:

#### 1. Keine Legitimation

##### a) *Argumente*

Die wohl h.M. spricht der Vormundschaftsbehörde grundsätzlich die Beschwerdelegitimation ab, da ihre eigentliche Funktion in der Wahrung der allg. öffentlichen Interessen bestehe, die Beschwerde aber vorwiegend den Schutz des einzelnen vor Übergriffen der Verwaltung in seine Rechtssphäre bezwecke<sup>121</sup>. — Die Wahrung der allg. Interessen kann aber gerade eine Beschwerde der Vormundschaftsbehörde nötig erscheinen lassen.

Ferner wird gesagt, ein Beschwerderecht der Vormundschaftsbehörde verstiesse gegen das verwaltungsrechtliche Hierarchieprinzip<sup>122</sup>; zudem sei sie nicht in eigenem Recht betroffen, da sie nicht subjektive Rechte, sondern nur Kompetenzen besitze, und schliesslich habe nicht sie, sondern der Beistand die Interessen des Verbeiständeten zu wahren<sup>123</sup>. — Das Hierarchieprinzip will m.E. nicht Differenzen ausschliessen, solange sie auf dem Rechtsweg — zumal einem verwaltungsinternen — bereinigt werden können. Ferner ist die Vormundschaftsbehörde sehr wohl betroffen, nämlich in ihrer Verantwortlichkeit, bes. auch dann, wenn ein Beistand die Interessen des Verbeiständeten nicht genügend wahrt.

Unverständlich ist mir, wie ein Beschwerderecht der Vormundschaftsbehörde den Instanzenzug illusorisch machen soll, unmassgeblich, dass der Vormundschaftsbehörde gegen die obere Aufsichtsbehörde keine staatsrechtliche Beschwerde zustünde<sup>124</sup>.

120 ZVW 33 73 f.

121 Schwarz 87.

122 Knapp 95; ZVW 33 73 E 1a.

123 ZVW 13 115 E 1, 14 110 E 1, 16 36 E 1 (BGer.), 18 59 E 1, 21 101, 26 37; MBVR 41 128 Nr. 67; eher zust. Schwarz 88 f.

124 So ZVW 33 73 E 1a.

## b) Auswege

Auch die Vormundschaftsbehörde wird hier auf die Aufsichtsbeschwerde verwiesen<sup>125</sup>.

Irrig scheint mir, das kantonale Recht über die Beschwerdelegitimation der Vormundschaftsbehörde gegen die untere Aufsichtsbehörde<sup>126</sup> bzw. der einzelnen Mitglieder der Vormundschaftsbehörde gegen deren Beschlüsse<sup>127</sup> entscheiden zu lassen, denn die Legitimation ist in ZGB 420 I festgelegt und daher bundesrechtlich geregelt<sup>128</sup>.

## 2. Beschränkte Legitimation

Zuweilen wird der Vormundschaftsbehörde dort ein Beschwerderecht eingeräumt, wo nicht der Beistand allein zuständig ist, sondern wo das Gesetz Weisungen oder gar Genehmigung durch die Vormundschaftsbehörde vorschreibt, und zwar mit der Begründung, hier trage die Vormundschaftsbehörde die Verantwortung<sup>129</sup>. – Die Frage der Verantwortung stellt sich aber im ganzen Zuständigkeitsbereich der Vormundschaftsbehörde. Manchmal wird die Vormundschaftsbehörde als legitimiert betrachtet, die nicht ihre eigene Auffassung durchsetzen möchte, sondern die Interessen des Verbeiständeten vertritt<sup>130</sup>. Wieder sollen hier Behördenhierarchie und gesetzlicher Instanzenzug tangiert sein<sup>131</sup>. Die Schwierigkeit besteht indessen darin, eigene Auffassung der Vormundschaftsbehörde und Interessen des Verbeiständeten zu scheiden.

## 3. Allgemeine Legitimation

Wenn auch nicht grundsätzlich anerkannt, so befriedigt allein eine allg. Legitimation der Vormundschaftsbehörde, ob nun ihre Verantwortung im Vordergrund steht, ob die untere Aufsichtsbehörde ihre Kompetenzen verletzt<sup>132</sup> usw., denn immer

125 ZVW 13 115 E 1, 14 110 E 1, 16 36 E 1 (BGer.), 25 50 E 1, 26 37 f., 33 74 E 2; Schwarz 88.

126 Knapp 96; Kaufmann 420 N 17a.

127 Kaufmann 420 N 17b.

128 Vgl. nachfolgend H.

129 MBVR 47 284 f.; ZVW 6 76 E 1, 21 78 E 1, vgl. 33 73 E 1b.

130 SJZ 38 249 Nr. 108; ZVW 8 36 E 2, 17 25 E 1 und 153 E 2 und 155 f., 16 88 E 1.

131 ZVW 33 74 E 1c.

132 Hefti 244 f.; ich sehe aber weder, warum die Vormundschaftsbehörden gegen Handlungen des *Beistandes* eine Beschwerde nötig haben (S. 244), noch z.B. vor welchem Forum die untere Aufsichtsbehörde Beschwerde führen sollte (vgl. S. 254).

muss sich die Vormundschaftsbehörde für die richtige Führung der Beistandschaft einsetzen<sup>133</sup>.

## *H. Beschwerde an die obere Aufsichtsbehörde*

Einige Kantone mit zweigliedriger Aufsichtsbehörde lassen gestützt auf ZGB 361 II gegen die untere Aufsichtsbehörde nur kantonalen Rekurs zu.

Aus diesem Artikel folgt in der Tat, dass die Kantone bestimmen können, ob gegen die untere Aufsichtsbehörde rekuriert<sup>134</sup> werden darf und bejahendenfalls welche Entscheide an die obere Aufsichtsbehörde weitergezogen und welche Rügen vor ihr erhoben werden dürfen<sup>135</sup>. Ob sie dagegen auch die Legitimation beschränken dürfen<sup>136</sup>, wurde vom BGer.<sup>137</sup> bezweifelt, weil es zu grossen Unzukömmlichkeiten führe, wenn gewisse Personen erst den Entscheid der oberen Aufsichtsbehörde, andere schon denjenigen der unteren Aufsichtsbehörde beim BGer. anfechten könnten. Schwarz und Roos<sup>138</sup> sprechen zu Recht von schwerverständlichen Unbilligkeiten<sup>139</sup> und haben Bedenken, weil die Sachlegitimation dem Bundesrecht<sup>140</sup> angehört.

Für die Beschwerde gegen die untere Aufsichtsbehörde bestehen zudem verschiedene kantonale Fristenregelungen<sup>141</sup>. Z.T. wird gesagt, dass die Kantone die 10-Tage-Frist verlängern können<sup>142</sup>, z.T. werden Abweichungen nach oben und unten für zulässig gehalten<sup>143</sup>. Nach richtiger Auslegung umfasst der Ausdruck Aufsichtsbehörde in ZGB 420 II jedoch beide Instanzen, gilt also auch für die Beschwerde an die obere Aufsichtsbehörde<sup>144</sup>, und sind deshalb entgegenstehende kantonale Vorschriften bundesrechtswidrig<sup>145</sup>.

133 Egger 420 N 19.

134 Hefti 254; Knapp 96 f. hält irrtümlicherweise eine Beschwerde an die obere Aufsichtsbehörde nur in Angelegenheiten für statuerbar, wo das kantonale Recht schon eine bes. Rolle spielt (z.B. ZGB 373, 434), im übrigen aber wegen ZGB 361 II für unzulässig, weil dadurch eine 3. Instanz geschaffen würde.

135 Kaufmann 420 N 38: z.B. nur Gesetzesverletzungen; Egger 420 N 59: obere Aufsichtsbehörde darf sich bes. Zurückhaltung auferlegen.

136 Bejahend ZVW 24 15 E 2; Egger 420 N 60 f., wenn es durch Gesetz und nicht durch Praxis geschieht.

137 BGE 78 II 118.

138 40 bzw. 44.

139 Vgl. etwa ZVW 2 26 E 1.

140 So wohl auch ZVW 23 156 E 2.

141 Schwarz 41 ff.; Knapp 97 hält das für zulässig.

142 Egger 420 N 44 und AGVE 1974 20 E 1a mit Hinweis auf ZGB 361, 423/25.

143 Kaufmann 420 N 36 f. und SJZ 23 246 f. mit Verweis auf ZGB 361 II.

144 Schwarz 112; Hefti 246 f. und wohl ZVW 23 156 E 2.

145 Schwarz 44 meint dies für die Beschwerde allg., was aber für die Beschwerdegründe ZGB 361 II widerspricht.

Für das Verfahren vor der oberen Aufsichtsbehörde gelten die nachstehend aufzuzeichnenden Regeln, soweit das kantonale Recht nichts Abweichendes statuiert<sup>146</sup>.

## *I. Verfahren*

Das ZGB trifft selbst einige Anordnungen, und bestimmte Anforderungen ergeben sich aus dem Zweck der Beschwerde. Im übrigen aber steht die Durchführung dem kantonalen Recht zu<sup>147</sup>. Der wesentliche Zug ist wohl das Fehlen eines streng formellen Charakters<sup>148</sup>.

### *1. Offizialmaxime*

#### *1. Grundsatz*

Der Zweck der Beschwerde<sup>149</sup> und daher Bundesrecht<sup>150</sup> erfordert Anwendung der Offizialmaxime, d.h. Rechts- und Ermessensfragen müssen von Amtes wegen geprüft, ebenso gegebenenfalls der Sachverhalt festgestellt werden. Verweigert indessen der Beschwerdeführer die nötige Mithilfe<sup>151</sup>, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Sie muss aber als Anzeige weiterverfolgt werden, wenn schon von Amtes wegen einzuschreiten wäre<sup>152</sup>. Diese Grundsätze gelten insbes. auch im Beweisverfahren<sup>153</sup>.

#### *2. Nova und fehlende Bindung an Anträge*

M.E. wegen der Offizialmaxime, dann aber auch, weil die Entscheidungen jeweils aufgrund der gegenwärtigen Verhältnisse zu treffen sind<sup>154</sup>, können die Beteiligten jederzeit neue Begehren anbringen, neue Behauptungen aufstellen und neue Beweise offerieren<sup>155</sup>.

146 Egger 420 N 58.

147 ZVW 23 155 f.

148 Egger 420 N 39 f.; Schwarz 92, 96.

149 Kaufmann 420 N 33a für ZGB 420 II.

150 ZVW 27 73 f.

151 Vgl. ZVW 23 158 E 3.

152 Egger 420 N 46 f., 54; ZVW 2 27 E 3, 23 101 f.

153 Schwarz 96 f., 124 f.

154 SJZ 21 359 f.

155 ZVW 23 157 E 3.

Da es um die richtige Führung der Beistandschaft geht, ist die angerufene Behörde nicht an gestellte Anträge gebunden<sup>156</sup> und *reformatio in peius* möglich<sup>157</sup>.

## II. Akteneinsicht

### 1. Positive Umschreibung

Kraft ungeschriebener Norm müssen die erheblichen Tatsachen den Verfahrensbeteiligten bekanntgegeben werden, so dass sie sich dazu äussern können<sup>158</sup>. In diesem Zusammenhang ist vor allem das Recht auf Akteneinsicht bedeutungsvoll. Der Beistand darf ohne weiteres Akten des Verbeiständeten einsehen, weil dieser gegenüber jenem keine Geheimsphäre hat<sup>159</sup>.

Im übrigen gewährt BV 4 Akteneinsicht unter Vorbehalt von verwaltungsinternen Auskünften – soweit sie die Parteienstellung nicht beeinflussen – und vertraulichen Akten, für deren Geheimhaltung berechnete Interessen des Verbeiständeten – geschützt durch ZGB 28, 426, StGB 320 –, Dritter, bes. von Auskunftspersonen, oder der Öffentlichkeit<sup>160</sup> sprechen.

Nach neuer Praxis besteht der Anspruch auch nach abgeschlossenem Verfahren bei schutzwürdigen Interessen des Rechtsuchenden<sup>161</sup>. Er betrifft dann aber nur Akten, welche die Geschäftsführung beschlagen und mit der Verantwortlichkeit in Zusammenhang stehen können. I.d.S. sind nicht nur die Behörden, sondern auch der entlassene Beistand zur Gewährung der Akteneinsicht verpflichtet<sup>162</sup>.

Für die Rüge nicht gewährter Akteneinsicht ist der Instanzenzug zu wahren<sup>163</sup>. Eine weiter gehende Akteneinsicht kann sich nur auf bes. Bestimmungen des eidgenössischen oder kantonalen Rechtes stützen<sup>164</sup>. Desungeachtet muss sie in der Regel durch die Beschwerdeinstanz in dem Masse gewährt werden, als sie der Interessenwahrung dient und ohne Verletzung der zu schützenden Interessen möglich ist<sup>165</sup>.

156 ZVW 27 73 f.

157 Egger 420 N 46, 48; Schwarz 98, 120; ZVW 2 63.

158 Egger 420 N 49.

159 ZVW 16 61 f.

160 Schwarz 99 ff.; Egger 420 N 50; SJZ 63 381 f.; ZVW 11 149 f., 23 157 E 2c, 24 78 f., 27 76 E 2b (BGer.), 28 120 E 6 (BGer.); BGE 83 I 155 E 5.

161 BGer. in ZVW 28 120 E 6; BGE 95 I 108 f.; anders noch BGE 83 I 155 E 5; Schwarz 100; ZVW 5 142.

162 ZVW 26 104 E 3.

163 BGer. in ZVW 26 75 E 3.

164 BGE 83 I 155 E 5; Egger 420 N 50.

165 Schwarz 100 f.

## 2. Negative Umschreibung

Die Akteneinsicht muss verweigert werden, wenn sie nicht im Zusammenhang mit der Beistandschaft steht<sup>166</sup>, und seien die Interessen noch so berechtigt<sup>167</sup>. Recht auf Akteneinsicht beinhaltet nicht Herstellung von Gratis-Fotokopien, Mitgabe oder Zustellung<sup>168</sup> der Akten nach Hause, und Gewährung der Einsichtnahme bedeutet nicht Pflicht zur Herausgabe von Belegen, auf die Behörde und Beistand zur allfälligen Verteidigung angewiesen sind<sup>169</sup>.

## III. Zuständigkeit

### 1. Örtlich

Örtlich zuständig ist die Vormundschaftsbehörde, welcher die Beistandschaft untersteht<sup>170</sup>, also vorbehaltlich ZGB 377 II diejenige, welche die Beistandschaft angeordnet hat<sup>171</sup>.

### 2. Sachlich

Sachlich zuständig ist die dem vormundschaftlichen Organ a quo unmittelbar übergeordnete Behörde<sup>172</sup>, wobei der zwingende Charakter dieser Zuständigkeit umstritten ist. So wird m.E. zu absolut gesagt, im Interesse einer allseitigen und zuverlässigen Abklärung von Streitfällen müsse der Instanzenzug innegehalten werden<sup>173</sup>. Die Beschwerde sei daher von Amtes wegen an die übersprungene Instanz zurückzuweisen, es habe denn diese zur mat. Frage bereits Stellung genommen<sup>174</sup>, so dass eine Rückweisung sinnlos wäre<sup>175</sup>. Das BGer. schliesslich<sup>176</sup> hält dafür, dass kraft Aufsichtsrechts ein oberes anstelle eines unteren vormundschaftlichen Organs handeln dürfe, wegen der dadurch bewirkten Instanzenverkürzung aber nur mit grösster Zurückhaltung. Ich gebe der relativierenden Lösung den Vorzug, da

166 ZVW 13 33 E 2.

167 ZVW 11 152.

168 ZVW 27 12 E 1.

169 ZVW 26 104 E 2 f.

170 Egger 420 N 41.

171 Kaufmann 420 N 23.

172 Egger 420 N 41.

173 ZVW 12 77; SJZ 15 332 Nr. 220.

174 Schwarz 109.

175 Vgl. ZVW 12 71 E 1.

176 ZVW 24 74 f., vgl. auch 5 f.

das Aufsichtsrecht nicht für die Rechtfertigung von Zuständigkeitsverletzungen erhalten sollte.

### 3. Ausstand

Auch die vormundschaftlichen Beschwerdeinstanzen haben die wichtigsten Ausschlussgründe zu beachten<sup>177</sup>, nämlich Interessenkonflikte und Befangenheit. Dies gilt selbst ohne gesetzliche Grundlage, und Missachtung des Grundsatzes kann in schweren Fällen zu Nichtigkeit führen<sup>178</sup>. Fällt eine ganze Behörde aus, so tritt die nächsthöhere an deren Stelle<sup>179</sup>.

## IV. Formerfordernisse

Das ZGB stellt keine Formvorschriften auf und die Kantone sind nicht befugt, die Behandlung einer Beschwerde von der Beobachtung von Formvorschriften abhängig zu machen. Solche Regeln<sup>180</sup> stellen blosse Ordnungsvorschriften dar<sup>181</sup>.

Warum dann als Einlegungsform bei der Aufsichtsbehörde Schriftlichkeit notwendig sein soll<sup>182</sup> oder von den Kantonen zumindest verlangt werden kann<sup>183</sup>, ist nicht einzusehen. Demnach trifft auch nicht zu, dass auf eine nicht (fristgerecht) unterzeichnete Beschwerde nicht eingetreten werden darf<sup>184</sup>. Blosse Äusserungen Dritter einem einzelnen Mitglied der Behörde gegenüber gelten aber nicht als Beschwerde und geben keinen Anspruch auf Behandlung, denn Beschwerde muss bei der Gesamtbehörde geführt werden<sup>185</sup>. Umstritten ist, ob in ZGB 420 II Einreichungsinstanz die Rekursbehörde ist<sup>186</sup> oder ob das kantonale Recht auch die erkennende Behörde bestimmen kann<sup>187</sup>. ZGB 420 II bezeichnet m.E. nicht die Einlegungsstelle und lässt deshalb Raum für kantonales Recht.

177 Schwarz 109.

178 Imboden/Rhinow 556 ff.

179 ZVW 11 159.

180 ZVW 23 156 E 2b; Kaufmann 420 N 22 mit Hinweis auf ZGB 425 I.

181 Curti 420 N 5; Knapp 90; Hefti 245; Schwarz 110 für Beschwerde an Vormundschaftsbehörde.

182 Schwarz 110; Egger 420 N 51; ZVW 1 62 E 2.

183 Kaufmann 420 N 33.

184 So Schwarz 110; vgl. gleich unter I.

185 Hefti 245 f.

186 So Egger 420 N 51.

187 Kaufmann 420 N 33.

## V. Fristen und Mitteilungen

Beim Beistand ergibt sich kein Problem, da gegen ihn jederzeit ohne Fristbindung<sup>188</sup> Beschwerde geführt werden darf, doch kann längeres Zuwarten die Beschwerde entwerten<sup>189</sup> aus Gründen der Glaubwürdigkeit, Rechtssicherheit und wegen des Prinzips von Treu und Glauben.

### 1. Mitteilung

Bei Mitteilungen nach ZGB 420 II muss wenigstens Gelegenheit gegeben werden, die Erwägungen kennenzulernen durch Protokolleinsicht, Zustellung einer Beschlussabschrift oder mündliche Auskunft, weil anders das Beschwerderecht in vielen Fällen illusorisch würde<sup>190</sup>.

Umstritten ist der Kreis der Mitteilungsberechtigten. Zu weit geht es, bei allen Beschlüssen Beistand und die übrigen Interessierten zu informieren<sup>191</sup>, weil das zuweilen unbestimmt viele sind, und eine Publikation verlangen könnte. Trifft gewiss zu, dass Beschwerdeentscheide den Parteien, also Beistand und u.U. Dritten, zu eröffnen sind, so erscheint hinwiederum zu eng, dass die übrigen Beschlüsse nur dem Beistand, nie aber Dritten mitgeteilt werden müssten, da diese in der Regel hieran kein Interesse hätten<sup>192</sup>. Ein praktisches Mittelmaß bestünde in der Unterrichtung des Beistandes und von Dritttinteressenten, soweit sie der Vormundschaftsbehörde bekannt und mit vernünftigem Aufwand erreichbar sind.

Sei dem, wie es wolle – wird die Mitteilung unterlassen oder fehlt es an einem diesbezüglichen Anspruch, so beginnt die Frist erst zu laufen mit tatsächlicher Kenntnisnahme eines Beschlusses<sup>193</sup>.

### 2. Unrichtige Rechtsmittelbelehrung

Unabhängig davon, ob eine Rechtsmittelbelehrung erforderlich ist, muss wegen des Prinzips von Treu und Glauben und auch nach der Praxis des BGer.<sup>194</sup> auf ein nach Gesetz verspätet, nach Belehrung jedoch rechtzeitig ergriffenes Rechtsmittel ein-

188 Hefti 246 f.; Kaufmann 420 N 20; Schwarz 111; vgl. SJZ 32 281 Nr. 198; Curti 420 N 5.

189 Egger 420 N 42.

190 Curti 420 N 9; Hefti 246; vgl. vorne II. 1.

191 So Knapp 95; Schwarz 112.

192 So SJZ 19 232 Nr. 192; ZVW 27 33 E 2b; Egger 420 N 43.

193 SJZ 19 232 Nr. 192, 20 379 Nr. 76; ZVW 2 148 Nr. 68, 27 33 E 2b; Knapp 95; Kaufmann 420 N 29; Egger 420 N 43; Schwarz 112 f.

194 Zit. ZVW 19 156 f.

getreten werden, es sei denn, der Beschwerdeführer kannte die Rechtslage oder hätte sie zumutbarerweise kennen sollen<sup>195</sup>.

Dasselbe muss auch bei falscher Angabe der Beschwerdeinstanz gelten, falls man überhaupt Falschadressierungen nicht als fristwährend gelten lässt<sup>196</sup>.

### 3. Fristberechnung

Nach der einen Ansicht, welche die Gesetzeslogik auf ihrer Seite hat, gelten gemäss ZGB 7 OR 77 f.<sup>197</sup>, so dass die Frist von ZGB 420 II am Tag nach Mitteilung zu laufen beginnt<sup>198</sup>. Nach der anderen Ansicht sollen die prozessrechtlichen Regeln Anwendung finden<sup>199</sup>. Wegen der Subsidiarität des kantonalen Rechts<sup>200</sup> scheint mir der ersten Ansicht der Vorzug zu gebühren.

### 4. Härte und Nachgiebigkeit der Fristen

Das kantonale Recht ist an die Frist von ZGB 420 II gebunden<sup>201</sup>. Die Frist gilt aber auch bei Zustellung an die falsche Behörde als gewahrt<sup>202</sup>. Diese hat die Beschwerde ex officio der zuständigen Behörde zu übergeben<sup>203</sup>. Nicht einiggehen kann ich mit der Ansicht, dass die Beschwerde vor Ablauf der Frist formgerecht und vollständig einzureichen sei<sup>204</sup>, weil einmal keine Formerfordernisse bestehen<sup>205</sup> und m.E. innert Frist bloss eine Beschwerdeerklärung abzugeben ist, nicht aber schon Anträge, Begründung<sup>206</sup> und Beweismittel zu nennen sind.

Auch hier versteht sich, dass eine verspätete Beschwerde als Anzeige an die Hand genommen werden kann<sup>207</sup> bzw. gegebenenfalls von Amtes wegen eingeschritten werden muss<sup>208</sup>, doch wollen wir vorerst eine weitere Möglichkeit abklären:

195 Schwarz 112; Imboden/Rhinow 542 f.; ZVW 20 142 E 1; AGVE 1974 21 E 1b.

196 Vgl. hinten 4. bei Anm. 202.

197 Kaufmann 420 N 29; Curti 420 N 8; Rossel/Mentha I 579 N 861.

198 Hefti 247.

199 Egger 420 N 43; Schwarz 113; Knapp 96.

200 Vgl. § 8. A.

201 SJZ 23 247 Nr. 196; Egger 420 N 43; Schwarz 114; vgl. vorstehend H.

202 A.M. ZVW 23 17 Nr. 4.

203 Imboden/Rhinow 561; Schwarz 111.

204 So Schwarz 111.

205 Vgl. vorne IV.

206 ZVW 23 156 f.; a.M. Schwarz 117.

207 ZVW 1 62 E 3a; Schwarz 115.

208 Curti 420 N 10; das macht aber entgegen Hefti 248 die Befristung nicht bedeutungslos, weil dann der Beschwerdeführer seiner Parteirechte verlustig geht.

## 5. Heilung der Fristversäumnis

### a) *Nicht durch Fristerstreckung*

Gesetzliche Fristen sind Verwirkungsfristen und nicht erstreckbar<sup>209</sup>. Es ist aber m.E. irrtümlich, eine Nachfrist für fehlerhafte und nicht begründete Beschwerden als bundesrechtswidrig zu bezeichnen<sup>210</sup> und z.B. auf eine Beschwerde nicht einzutreten, weil der Parteivertreter innert der Frist von ZGB 420 II keine Prozessvollmacht vorgelegt hat<sup>211</sup>, sofern nur die allein genügende Beschwerde erhoben worden ist und es sich also eigentlich gar nicht um eine Nachfrist handelt<sup>212</sup>. Dagegen versteht sich, dass durch ein Wiedererwägungsgesuch die Frist nicht willkürlich erstreckt<sup>213</sup> und z.B. eine versäumte Beschwerde gegen die Passation der Vormundschaftsrechnung nicht durch eine nachträgliche gegen den Beistand ersetzt werden kann<sup>214</sup>, weil Umgehungen zu verpönen sind<sup>215</sup>.

### b) *Fristwiederherstellung*

Die Zulässigkeit der Fristwiederherstellung ist umstritten<sup>216</sup>. Jedenfalls kann wegen der bundesrechtlichen Fristregelung keine Wiederherstellung nach kantonalem Recht stattfinden<sup>217</sup>, dagegen in analoger Anwendung von OG 35<sup>218</sup>. Dieser Artikel wurde vom BGer.<sup>219</sup> auch schon im betriebsrechtlichen Beschwerdeverfahren auf kantonaler Ebene angewandt und stellt keine Ausnahmenvorschrift für das bundesgerichtliche Verfahren dar<sup>220</sup>. Vielmehr ist die Möglichkeit der Fristwiederherstellung in gewissen streng umschriebenen Fällen ein von altersher und weitherum anerkannter Verfahrensgrundsatz und deshalb nicht überall dort auszuschliessen, wo sie nicht ausdrücklich vorgesehen ist<sup>221</sup>. Bei unverschuldeter Säumnis muss mithin Wiederherstellung gewährt werden<sup>222</sup>.

209 Imboden/Rhinow 561; Egger 420 N 45; MBVR 51 399; bloss zweifelnd Kaufmann 420 N 30.

210 So Schwarz 114 f.

211 So ZVW 30 36 Nr. 8; a.M. ZVW 30 139.

212 ZVW 23 156 f.

213 SJZ 19 232 Nr. 192; Kaufmann 420 N 30a.

214 SJZ 15 332 Nr. 220.

215 Egger 420 N 45.

216 Kaufmann 420 N 30; Egger 420 N 45; bejahend Curti 420 N 10; zweifelnd SJZ 34 280 Nr. 211; von Hefti 248 wegen der Möglichkeit einer Verantwortlichkeitsklage m.E. zu Unrecht als überflüssig bezeichnet, da es sich um verschiedene Rechtsmittel mit verschiedenen Zielsetzungen und Möglichkeiten handelt.

217 ZR 30 123 f.

218 Schwarz 115 f.

219 BGE 67 III 71 f., 81 III 82 ff.

220 BGE 81 III 86.

221 ZR 66 242 E 3.

222 Vgl. Egger 420 N 45; Imboden/Rhinow 561, SJZ 34 280 Nr. 211.

## VI. Anträge und Begründung der Beschwerde

Eine Beschwerde muss als Gültigkeitserfordernis Rechtsbegehren und Begründung enthalten.

Trotz Fehlens eines förmlichen Antrages (etwa auf Abänderung oder Aufhebung eines Entscheides) wird auf eine Beschwerde eingetreten, wenn ersichtlich ist, was der Beschwerdeführer will<sup>223</sup> bzw. — wegen des obwaltenden Officialprinzips noch genauer — dass er ein förmliches Rechtsmittel ergreifen will<sup>224</sup>.

Der Begründung muss mit einiger Gewissheit zu entnehmen sein, warum der fragliche Entscheid angefochten wird<sup>225</sup>. Es ist wenigstens der Versuch einer Motivierung zu machen, und sei es auch nur durch Hinweis auf eine bestimmte Gesetzesvorschrift<sup>226</sup>. Als Begründung reicht der Verweis auf andere Rechtsschriften nicht aus; um so weniger auch die blossе Behauptung, die Vorinstanz habe die Anbringen nicht oder zu wenig berücksichtigt<sup>227</sup>.

Offensichtlich unbegründete Eingaben können endgültig und mangelhafte zwecks Ergänzung zurückgewiesen<sup>228</sup> werden<sup>229</sup>.

Schliesslich sind die vorhandenen Beweise anzubieten<sup>230</sup>.

Eine gewisse Substantiierung ist nötig, da sonst die Begründetheit eines Rekurses nicht beurteilt werden kann. Das Officialprinzip bedeutet nicht, dass die Rekursinstanz auf blossе Behauptung des Rekurrenten hin alles Nötige zur Abklärung des Sachverhaltes und zur Herbeischaffung von Beweismitteln zu veranlassen hat<sup>231</sup>.

## VII. Prüfungen, Rechtshängigkeit und deren Wirkungen

Die angegangene Behörde prüft von Amtes wegen ihre Zuständigkeit — sie behebt ex officio eine allfällige Falschadressierung —, die Legitimation des Beschwerdeführers (im Zweifel zu bejahen), die Einhaltung der Beschwerdefrist sowie des Antrags- und Begründungserfordernisses. Fehlt eine der Voraussetzungen, kann<sup>232</sup> auf die Beschwerde nicht eingetreten werden<sup>233</sup>. Rechtshängigkeit tritt ein mit

223 Egger 420 N 51; Schwarz 117; ZVW 12 38.

224 ZVW 22 120.

225 ZVW 31 113 f.

226 SJZ 22 25 Nr. 27; Egger 420 N 51; Knapp 91.

227 MBVR 61 236; Schwarz 118.

228 Auch hier für m.E. zu strenge Abweisung ZVW 2 27 E 3, 22 120; Egger 420 N 51.

229 Schwarz 97; Egger 420 N 47.

230 Schwarz 97.

231 MBVR 49 121 E 2, 50 28 f.; Schwarz 117 f.

232 Ungenau Hefti 248, der bei Nichteinhaltung der Frist bloss sagt, die Rekursbehörde müsse nicht eintreten.

233 Schwarz 97 f., 118 f.

Einreichung der Beschwerde an die zuständige Behörde<sup>234</sup>, also noch nicht bei Falschzustellung.

Die Beschwerde entfaltet Devolutivwirkung<sup>235</sup>, d.h. das vormundschaftliche Organ a quo kann in der betreffenden Sache nichts mehr unternehmen, es entspreche denn vollauf den Begehren des Beschwerdeführers; die ganze Streitsache liegt vor der Beschwerdeinstanz, die so handeln kann, als wäre sie selbst verfügende Behörde<sup>236</sup>.

Über den Suspensiveffekt sagt das ZGB leider nichts, so dass wohl die Kantone nach ZGB 425 I diese Frage ordnen können. I. allg. hat die Beschwerde Suspensiveffekt<sup>237</sup>. Die Rekursbehörde darf allerdings in Ausnahmefällen eine gegenteilige Verfügung treffen, etwa in dringenden Angelegenheiten im Interesse des Verbeiständeten<sup>238</sup> oder sonst aus triftigen Gründen; eine allg. Regel kann nicht gegeben werden, sondern es bedarf jeweils einer Interessenabwägung<sup>239</sup>.

Beschwerden können schliesslich bis zum Entscheid zurückgezogen werden<sup>240</sup>, doch wird allenfalls die Rekursbehörde die Angelegenheit von Amtes wegen weiterverfolgen.

## VIII. Ermittlungsstadium

Erweist sich die Beschwerde von vornherein als unbegründet, kann auf Vernehmlassung und Beweisaufnahme verzichtet werden<sup>241</sup>.

### 1. Vernehmlassung

Die angegangene Behörde fordert das angegriffene vormundschaftliche Organ und den Beistand<sup>242</sup> zur Vernehmlassung und den Beschwerdeführer zu deren Beantwortung auf<sup>243</sup>. Im Interesse der Sache sollen auch die anderen an einem allfälligen vorinstanzlichen Verfahren Beteiligten zu strittigen Fragen Stellung

234 Schwarz 119; ZVW 23 17 Nr. 4.

235 Egger 420 N 54.

236 Schwarz 119, 136; ZVW 27 84 E 2, 29 114 f.

237 Kaufmann 420 N 32; Egger 420 N 53; BGE 90 IV 82; Knapp 92 lässt das nur für Beschwerde an die Vormundschaftsbehörde gelten.

238 ZVW 25 26 E 4; bes. in den Fällen von ZGB 386: Zipkes 59, 74, 93, 96; Egger 386 N 50; ZVW 20 150, 23 139 f., 29 74.

239 ZVW 23 151 E 2.

240 Schwarz 120.

241 Schwarz 122.

242 Knapp 91; Good 81 spricht m.E. zu schwach nur von Legitimation hiezu; richtig Hefti 252 mit Verweis auf ZGB 432 I und II.

243 Vgl. Kaufmann 420 N 24.

beziehen können. Das Vorgehen wird, jedenfalls vor der Aufsichtsbehörde, weitgehend vom Prinzip der Schriftlichkeit beherrscht<sup>244</sup>, doch sollten sich Widerstrebende auch mündlich äussern können<sup>245</sup>. Unhaltbar<sup>246</sup> erscheint mir, auf einen Rekurs nicht einzutreten, wenn der Beschwerdeführer eine Vernehmlassung der Vorinstanz nicht zurücksendet<sup>247</sup>.

## 2. Beweisaufnahme

Die Rekursbehörde muss anerbotene Beweise entgegennehmen, es sei denn, sie dürfen für die Entscheidung der Sache als unerheblich betrachtet werden<sup>248</sup>. Zudem hat sie alle nötigen Auskünfte einzuziehen<sup>249</sup>. Als Beweismittel kommen etwa in Frage: Befragung von Beteiligten und Auskunftspersonen; Beizug von Urkunden, Amtsberichten und Sachverständigen; Augenschein. Zeugen dürfen dagegen nur einvernommen werden, wenn das kantonale Recht hiezu ermächtigt<sup>250</sup>. Die Erhebungen können auch vom Präsidenten der Rekursbehörde<sup>251</sup> oder einem anderen Einzelmitglied durchgeführt werden.

## 3. Ein Spezialfall?

Nach Egger<sup>252</sup> soll sich in dringlichen Angelegenheiten, wie z.B. bei Fällen nach ZGB 386, die Überprüfung auf unmittelbare und ernstliche Bedrohung der Interessen des Verbeiständeten beschränken. Er erkennt dabei, dass dies nicht die einzigen in der Beschwerde zu wahren Interessen sein müssen und dass mit dem Entzug der Suspensivwirkung ein adäquateres Mittel zur Verfügung steht.

244 Vgl. Kaufmann 420 N 33.

245 So Schwarz 123 für den Beschwerdeführer.

246 Schwarz 124; zu streng.

247 So ZVW 1 98 Nr. 28; vom BGer. daselbst unverständlicherweise als nicht willkürlich bezeichnet.

248 BGer. in ZVW 27 76 E 2c.

249 Knapp 91; vgl. Hefti 254; zu wenig zwingend Good 81 und Schwarz 124.

250 Schwarz 125; Imboden/Rhinow 554.

251 ZVW 24 36.

252 420 N 36.

## K. Erledigung

### I. Formelles

Der Beschwerdeführer hat Anspruch auf beförderliche Entscheidung. Zu warten rechtfertigt sich nur, wenn anders nicht Licht in eine bedeutsame Sache gebracht werden kann<sup>253</sup>. Die Sachlage ist so zu beurteilen, wie sie im Zeitpunkt der Entscheidung vorliegt<sup>254</sup>. Die Entscheide ergehen als Verwaltungsakte, welche in formelle Rechtskraft erwachsen und also vollstreckt werden können, wenn die Rechtsmittelfrist verstrichen oder der Instanzenzug erschöpft ist<sup>255</sup>. Mat. Rechtskraft dagegen, d.h. Unwiderrufbarkeit, geht ihnen ab<sup>256</sup>, vorbehaltlich des Devolutiveffektes<sup>257</sup> und von Rechten Dritter<sup>258</sup>.

Der Entscheid muss dem Beschwerdeführer, Beistand, unteren Instanzen und allfälligen Drittbetroffenen<sup>259</sup> wenigstens im Dispositiv mitgeteilt werden. Das Gesetz schreibt weder Form noch Motivierung<sup>260</sup>, noch Rechtsmittelbelehrung vor. Es gibt auch keinen Anspruch auf letztere als ungeschriebenen bundesrechtlichen Grundsatz<sup>261</sup>. Rechtsmittelbelehrung ist jedoch zum mindesten wünschbar<sup>262</sup>.

Dagegen bejaht die jüngste Rechtsprechung des BGer. grundsätzlich den Begründungszwang<sup>263</sup>, wobei unter dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs keine allzu hohen Ansprüche gestellt werden dürfen, wenn das kantonale Recht keine Begründungspflicht vorsieht<sup>264</sup>. Die Begründungspflicht erstreckt sich aber nur auf belastende oder die Rechtsstellung des Betroffenen erschwerende Verwaltungsakte<sup>265</sup> und entfällt bei praktischer Unmöglichkeit oder wenn der Adressat die Gründe bereits kennt. Die Motivierung muss Tat- und Rechtsfragen erfassen und die Begründung eines Rechtsmittels ermöglichen. Ist eine Verfügung schriftlich zu erlassen, so gilt das auch für die Begründung. Fehlende oder ungenügende Begründung macht eine Verfügung ungültig. Der Adressat kann innert Rechtsmittelfrist Bekanntgabe der Motive verlangen. Andernfalls erwächst die Verfügung in formelle Rechtskraft. Bei Nachlieferung der Motive beginnt die Rechtsmittelfrist mit deren Eröffnung<sup>266</sup>.

253 ZVW 23 157 f.

254 BGer. in ZVW 8 71; Schwarz 120.

255 ZVW 25 35 E 2 und 47 E 1.

256 Knapp 99.

257 ZVW 27 84 E 2.

258 Egger 420 N 56; Schwarz 133 ff.; vgl. Imboden/Rhinow 236 ff.

259 Vgl. I. V. I. hievor; unvollständig Kaufmann 420 N 25 und Schwarz 136.

260 Knapp 91.

261 ZVW 23 17 Nr. 4; gerechtfertigte Kritik bei Imboden/Rhinow 541.

262 MBVR 51 399; Egger 420 N 55 und Schwarz 136 verlangen dies i.S. einer rechtsstaatlichen Rechtspflege.

263 BGE 98 Ia 464 E 5a; Schwarzenbach 117.

264 BGE 96 I 723.

265 Fleiner 208.

266 Imboden/Rhinow 534 ff.

## II. Abschreibung und Nichteintreten

Die Beschwerde wird abgeschrieben, wenn sie gegenstandslos geworden ist, z.B. durch Rückzug derselben, Abschluss eines Vergleiches oder Widerruf einer Anordnung durch die angefochtene Instanz, indem sie in Wiedererwägung den Begehren des Beschwerdeführers entspricht<sup>267</sup>.

Ein Nichteintretensbeschluss erfolgt wegen Fehlens der formellen Voraussetzungen oder offensichtlicher Unbegründetheit einer Beschwerde<sup>268</sup>.

## III. Sachentscheid

Mat. wird eine Beschwerde entweder abgewiesen (Bestätigung der Vorinstanz) oder gutgeheissen<sup>269</sup>. Bei Gutheissung wird der vorinstanzliche Entscheid grundsätzlich mit Rückwirkung aufgehoben<sup>270</sup>. Das bernische Recht kennt nur die Kassation<sup>271</sup>, doch wegen des Devolutiveffekts kann die Beschwerdeinstanz, wenn es angezeigt ist, auch selbst positiv entscheiden<sup>272</sup>. Hierbei geniesst die Beschwerdeinstanz grosse Freiheit.

Entscheidende Gesichtspunkte sind Wahrung der vormundschaftlichen Interessen und Anpassung der Massnahmen an die konkreten Verhältnisse. Dem angefochtenen vormundschaftlichen Organ können einmal bestimmte Verhaltensweisen untersagt oder vorgeschrieben werden unter Vorbehalt bereits eingetretener Rechtswirkungen<sup>273</sup>. Die Beschwerdeinstanz darf aber auch selbst – unter Verantwortlichkeitsfolge – anstelle eines unteren Organs handeln<sup>274</sup>, wobei allerdings die Selbständigkeit des Beistandes zu beachten ist.

Mit dem Beschwerdeentscheid können schliesslich gegebenenfalls Massnahmen nach ZGB 447 II verbunden werden<sup>275</sup>.

267 ZVW 27 84 E 2.

268 Schwarz 131.

269 Schwarz 132.

270 Egger 420 N 54; anders bei ZGB 389.

271 ZVW 22 119.

272 ZVW 23 152 Nr. 54 E 4; Kaufmann 420 N 35.

273 Lindegger 62 mit Verweis auf Verantwortlichkeitsklage; Kaufmann 420 N 26.

274 Curti 420 N 11; Schwarz 138 f.; nur ausnahmsweise; vgl. ZVW 25 108 f.

275 Hefti 252 ff.; Good 80; Knapp 91 f.

## *L. Kosten*

Von Kautionsleistungen wird abgesehen<sup>276</sup>, es handle sich denn um anbegehrte kostspielige Untersuchungen.

Das kantonale Recht bestimmt, ob und welche Kosten von der unterliegenden Partei zu tragen sind<sup>277</sup>. In der Regel werden die Kosten dem abgewiesenen Beschwerdeführer auferlegt. Unterliegt eine vormundschaftliche Behörde, trägt das Gemeinwesen die Kosten, es sei denn, die Behörde habe pflichtwidrig oder fahrlässig gehandelt<sup>278</sup> und deshalb zu bezahlen. Parteikosten werden entweder überhaupt nicht zugesprochen oder nur bei offenkundiger Fahrlässigkeit des unterliegenden Teils<sup>279</sup>.

Durch missbräuchliche Beschwerdeführung verursachte Kosten trägt der Fehlbare ohne Rücksicht auf den Ausgang der Beschwerde<sup>280</sup>.

## *M. Weiterziehung über Aufsichtsbehörde*

Gegen den Entscheid der (oberen) Aufsichtsbehörde gibt es in der Regel keine Weiterziehung<sup>281</sup>. Die Kantone sind durch ZGB 361 gebunden und es besteht keine Bundesinstanz, die speziell die richtige Führung des Vormundschaftswesens zu überwachen hätte. Das BGer. kann nur unter bestimmten Voraussetzungen angerufen werden<sup>282</sup>. I. allg. kommt nur die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung von BV 4 in Betracht<sup>283</sup>, weswegen das BGer. z.B. die Kognition der Aufsichtsbehörde nicht festlegen kann<sup>284</sup>.

276 Egger 420 N 57; vgl. § 31. Anm. 41.

277 Kaufmann 420 N 34.

278 Vgl. MBVR 20 469 Nr. 175 E 3, 59 88 Nr. 28.

279 Egger 420 N 57.

280 Schwarz 137 f.

281 Hefti 241.

282 Kaufmann 420 N 40; Schwarz 140; Hefti 32; vgl. § 10.

283 Lindegger 62; Egger 420 N 63; Schroff 94; vgl. Knapp 97; BGE 103 II 172 E 1 und BGer. in ZVW 3 35 f.

284 Boehlen 42; vgl. BGer. in ZVW 6 77, welches die Auffassung des Berner Regierungsrates l.c. S. 76 (vgl. vorne F. II. 2. b) als nicht willkürlich bezeichnet.

## § 10. Anrufung des Bundesgerichts

### A. Berufung (OG 43 ff.)

Nach OG 44e kann das BGer. wegen Anordnung und Aufhebung einer Beistandschaft angerufen werden. Eingeschlossen ist die Verweigerung dieser Verfügungen<sup>1</sup>. Für andere Fragen, z.B. die Fälle von ZGB 386<sup>2</sup> und die Ernennung des Beistandes<sup>3</sup>, steht die Berufung nicht zur Verfügung<sup>4</sup>, denn OG 44e ist abschliessend.

Da Berufungsgrund die Missachtung m.E. der Voraussetzungen der Beistandschaft, dann aber auch der bundesrechtlichen Verfahrensvorschriften<sup>5</sup> bildet, ist Berufung unzulässig gegen Massnahmen, die – wie z.B. die Veröffentlichung<sup>6</sup> – dem Vollzug eines Entscheides nach OG 44e dienen<sup>7</sup>. Gleiches gilt z.B. in Angelegenheiten nach ZGB 404 III<sup>8</sup> oder allg. bei Verweigerung einer Zustimmung durch die vormundschaftliche Behörde<sup>9</sup>. Anders natürlich, wenn sich aus dem Vormundschaftsrecht Streitigkeiten ergeben, die vor dem Zivilrichter zu entscheiden sind, wie z.B. Verantwortlichkeitsklagen<sup>10</sup>.

Die Verletzung bundesrechtlicher Verfahrensvorschriften<sup>11</sup> kann im Berufungsverfahren unabhängig davon gerügt werden, ob schon vor der oberen kantonalen Instanz darauf hingewiesen worden ist. OG 55 Ic steht dem nicht entgegen<sup>12</sup>.

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung<sup>13</sup> kommt den vormundschaftlichen Behörden keine Parteistellung zu. Hier ist die gleiche Kritik anzubringen wie schon in § 5. Anm. 40.

1 BGE 90 II 362 E 1, 85 II 282, 82 II 206 E 2, 59 I 159 f.; Egger 373 N 66, 397 N 10.

2 BGE 86 II 142 E 1; Knapp 46; a.M. Kaufmann 386 N 47; Egger 386 N 53; Zipkes 97, weil diese Massnahmen einer Beistandschaft gleichkommen können und das Rechtsschutzbedürfnis noch grösser sein mag.

3 BGE 38 II 759 E 2, 46 II 344 E 6, 50 II 440 E 4; Egger 388 N 6; Kaufmann 388 N 17.

4 Egger 373 N 68.

5 Egger 373 N 77; z.B. auch Anwendung kantonalen statt eidgenössischen Rechts; BGE 63 II 136 und 397.

6 Unzutreffend daher Egger 397 N 10 i.V.m. 375 N 15 und 373 N 77.

7 BGE 100 Ib 115 f., 91 II 175 ff.

8 BGE 100 II 7.

9 BGer. in ZVW 3 35 f.

10 Vgl. Egger 398 N 3.

11 OG 43 I verbietet dagegen überhaupt die Rüge verletzter kantonalen Verfahrensvorschriften: BGer. in ZVW 14 70 E 2.

12 BGE 87 II 131 f.; vgl. dagegen Vorbringen neuer und daher unbeachtlicher Tatsachen in BGE 86 II 5 f.

13 ZVW 14 70 E 1; BGE 82 II 205 f.

## B. Nichtigkeitsbeschwerde (OG 68 ff.)

Vormundschaftsrechtliche Streitigkeiten stellen zwar keine Zivilrechtsstreitigkeiten dar und unterliegen daher nur im Rahmen von OG 44 der Berufung. Wohl aber sind sie Zivilsachen i.S. von OG 68<sup>14</sup>, auch wenn sich das Verfahren vor kantonalen Verwaltungsbehörden abspielt<sup>15</sup>. Falsche Bezeichnung eines Rechtsmittels schadet indes nicht, so dass eine unzulässige Berufung als Nichtigkeitsbeschwerde entgegengenommen wird<sup>16</sup>.

Nach Egger<sup>17</sup> kommt Nichtigkeitsbeschwerde gemäss OG 68 Ib nicht in Frage, weil i.V.m. 48 III und 49 auch hier die Berufung gegeben ist<sup>18</sup>. Das gilt aber m.E. nur, wenn die Zuständigkeitsfrage in einem Verbeiständungs- oder Aufhebungsverfahren auftaucht<sup>19</sup>. Deshalb steht gegen Massnahmen nach ZGB 386 auch nur Nichtigkeitsbeschwerde zur Verfügung<sup>20</sup>. Zu weit geht es jedoch, wenn man schon gegen einen Entscheid, der vor Einleitung eines Verbeiständungsverfahrens die Zuständigkeit hierfür festlegt, nur noch die Nichtigkeitsbeschwerde zulässt<sup>21</sup>, denn in Wirklichkeit ist damit das Verfahren eben schon eröffnet.

OG 68 Ia ist im Gegensatz zu lit. b ein rein kassatorisches Rechtsmittel (OG 73 II)<sup>22</sup>.

Für die Aktivlegitimation hält das BGer. dasselbe fest wie bei der Berufung<sup>23</sup>, schliesst also die vormundschaftlichen Behörden aus, selbst wenn sie nach ZGB 420 legitimiert sein sollten. Legitimiert ist dagegen der Beistand<sup>24</sup>. Es wird auch gesagt<sup>25</sup>, die Legitimation der vormundschaftlichen Behörde nützte niemandem etwas, da so die vormundschaftliche Betreuung auf Monate lahmgelegt würde. Dem lässt sich aber mit ZGB 386 abhelfen. Im übrigen ist auf die Kritik in § 5. Anm. 40 zu verweisen.

14 Knapp 97 f.; so für die Fälle von ZGB 386 Kaufmann 386 N 48 und Zipkes 97; Egger 388 N 6 schliesst die Beschwerde bei der Beistandsernennung fälschlicherweise aus.

15 BGE 83 II 185 f., 79 II 248 f. mit weiteren Verweisen.

16 BGE 86 II 142 E 1; ZVW 22 115 E 2: dasselbe gilt auch für staatsrechtliche Beschwerden; zust. ZVW 35 116 E 1.

17 373 N 67, 397 N 10.

18 Vgl. BGE 81 I 46 f.

19 Unzutreffend deshalb BGer. in ZVW 6 100 Nr. 30.

20 BGE 86 II 142 E 1.

21 BGer. in ZVW 25 147 E 1.

22 BGer. in ZBI 63 345 E 2; 347 E 4 hält m.E. zu Unrecht fest, dass die Ablehnung der analogen Anwendung von ZGB 451 auf den Beistand keinen Nichtigkeitsgrund nach OG 68 Ia darstelle.

23 BGer. in ZBI 63 345 E 1.

24 BGE 83 II 187 E 2.

25 ZVW 25 150 Nr. 35.

### C. Staatsrechtliche Klage (OG 83e)

Vgl. § 5. B. IV. 2.

### D. Staatsrechtliche Beschwerde (OG 84 ff.)

#### I. Beschwerdegrund

Es kann sich hier wohl nur um Beschwerden wegen Verletzung von BV 4<sup>26</sup>, v.a. wegen Willkür<sup>27</sup> und Verweigerung des rechtlichen Gehörs<sup>28</sup>, handeln (OG 87). Die Zuständigkeitsbeschwerde nach OG 84 Id kommt wegen der Möglichkeit entweder der Nichtigkeitsbeschwerde (OG 68 Ib) oder der Berufung (OG 48 III und 49)<sup>29</sup> nicht in Frage (OG 84 II).

#### II. Aktivlegitimation

Beschwerdeberechtigt ist, wer von einer Verfügung persönlich und unmittelbar in seinen rechtlich geschützten Interessen betroffen wird (OG 88)<sup>30</sup>. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung reicht kein bloss mittelbares oder tatsächliches oder ein öffentliches Interesse, und die Legitimation nach ZGB 388 II<sup>31</sup> ist so wenig für die staatsrechtliche Beschwerde massgeblich wie diejenige nach ZGB 420<sup>32</sup>. M.E. verweist aber OG 88 gerade auf Vorschriften wie ZGB 388 II und 420. Neben dem Beistand im Namen des Verbeiständeten<sup>33</sup> müssen deshalb in Wiederholung der Kritik in § 5. Anm. 40 und in Übereinstimmung mit der Regelung bei der Vormundschaftsbeschwerde auch die vormundschaftlichen Behörden<sup>34</sup> als aktivlegitimiert gelten. Das oft als Gegenargument angerufene Prinzip der Verwaltungshierarchie steht dem nicht entgegen, lässt doch das BGer. z.B. eine Vormund-

26 Kaufmann 420 N 42.

27 So für die Fälle von ZGB 386 Zipkes 96 und Kaufmann 386 N 20; für Beistandsernennung Egger 388 N 6, Kaufmann 388 N 18 und BGer. in SJ 37 689 ff.

28 Egger 420 N 63; Schwarz 143.

29 Nur so Egger 373 N 69; vgl. Kritik bei Anm. 17 ff.

30 Schwarz 143.

31 Egger 388 N 6; nur Gewählter legitimiert; ZBl 52 119 E 2 mit Verweisen.

32 SJZ 40 377 Nr. 223; BGE 87 I 213 Nr. 34; Egger 420 N 63.

33 BGE 89 I 97 E 2.

34 In dieser Richtung in der Tat BGer. in ZVW 17 103 E 2; a.M. Schwarz 144; Hans Marti: Die staatsrechtliche Beschwerde, 4. Auflage, Basel und Stuttgart 1979, 78 f.; Wilhelm Birchmeier: Über die Legitimation des Staates, der Gemeinde und der Behörden zur staatsrechtlichen Beschwerde an das BGer., in: ZBl 51 121 ff., 130 f.

schaftsbehörde dann zur Nichtigkeitsbeschwerde<sup>35</sup> und zur Berufung<sup>36</sup> zu, wenn sie im kantonalen Verfahren als Antragstellerin und nicht als entscheidende Instanz gewirkt hat.

An einem weiteren Entscheid des BGer.<sup>37</sup> ist richtig, dass dem Prozessgegner des Mündels die Berechtigung zur Anfechtung eines Beschlusses der Vormundschaftsbehörde abgesprochen wird, mit dem dem Vormund Prozessvollmacht erteilt wird. In gleicher Weise wird aber auch mit einem Vorkaufsberechtigten verfahren, der in einen von der Vormundschaftsbehörde mit einem Dritten freihändig abgeschlossenen Liegenschafts Kaufvertrag über ein Mündelgrundstück eintritt, worauf die Vormundschaftsbehörde den Freihandverkauf durch die Aufsichtsbehörde nicht nach ZGB 404 III genehmigen lassen will. Die Begründung: Hier wie in den Fällen von ZGB 422 wolle das Gesetz ausschliesslich das Mündel und nicht den Vertragsgegner schützen. Wenn das auch stimmen mag, so lautet doch die Frage, ob diese Interessen durch die vormundschaftliche Behörde wahrgenommen worden sind, und Legitimation nach ZGB 420<sup>38</sup> muss m.E. auch solche zur staatsrechtlichen Beschwerde verschaffen.

### *E. Verwaltungsgerichtsbeschwerde (OG 97 ff.)*

Das Vormundschaftsrecht ist Zivilrecht und nicht öffentliches Recht des Bundes i.S. von Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren. Deshalb gibt es hier auch keine Verwaltungsgerichtsbeschwerde nach OG 97, was auch aus OG 100g erhellt<sup>39</sup>.

### *F. Kosten*

OG 156 II bezüglich Befreiung von Gerichtskosten ist analog auf den unterliegenden Beistand anzuwenden, wenn er nicht in eigener Sache handelt, sondern kraft eines von Gemeinde- oder kantonalen Behörden verliehenen Amtes. Auch der Verbeiständete ist nicht zu belasten, da er als obsiegende Gegenpartei erscheint<sup>40</sup>.

35 ZVW 22 115 E 2, 25 147 E 1.

36 BGE 83 II 187 E 2 mit Verweisen, 82 II 205 f.

37 BGE 79 I 49 f.

38 Vgl. § 9. G. II. 2. b.

39 BGE 100 Ib 114 f.

40 BGE 83 II 191 f.

## II. TEIL

### Voraussetzungen der Beistandschaft

Nach ZGB 393 müssen gleichzeitig gegeben sein:

- ein Vermögen (Ingress)<sup>1</sup>,
- eine Körperschaft als Trägerin desselben (Ziff. 4),
- Mangel der betreffenden Körperschaft an den für die Vermögensverwaltung erforderlichen Organen (Ingress und Ziff. 4),
- keine Sorge für die Vermögensverwaltung auf andere Weise (Ziff. 4)<sup>2</sup>.

#### 1. Kapitel = § 11.

### Vermögen

I. allg. bedeutet Vermögen einen Komplex geldwerter Rechte und Pflichten<sup>1</sup>, gleichgültig wie er sich zusammensetzt und wie gross er ist<sup>2</sup>. Es braucht aber kein Gesamtvermögen einer Person zu sein; ein Teilvermögen genügt (z.B. das in der Schweiz liegende Vermögen eines Ausländers), ja ein einzelnes Recht (z.B. Guthaben eines Ausländers auf einer hiesigen Bank)<sup>3</sup> oder sogar eine Schuld, weil deren Verwaltung und Tilgung eben auch Vermögensverwaltung darstellen<sup>4</sup>.

Allg. kann wohl gesagt werden, dass das Vermögenserfordernis kaum zu Komplikationen Anlass gibt.

1 Bachtler 218.

2 Schrott 20; BGE 71 II 217 ist ungenau im dritten Punkt, was das Erfordernis von für die Verwaltung notwendigen Organen betrifft, und lässt es am letzten Punkt fehlen.

1 ZVW 28 158 E 3: Aktiven und Passiven.

2 Curti 393 N 1; Kaufmann 393 N 4.

3 Bachtler 219; ZVW 4 139: eine Forderung; vgl. BGE 51 II 263; ZR 27 45 Nr. 24; Egger 393 N 2; Pfander 48 f.

4 BGE 51 II 265; vgl. Schrott 20 f.

## 2. Kapitel

## Körperschaft als Vermögensträgerin

## § 12. Allgemeines

Es muss eine juristische Person vorhanden sein. Nicht verbeiständet werden kann eine noch nicht errichtete<sup>1</sup>, wohl aber eine gelöschte AG<sup>2</sup>, da die Löschung nur deklarativen Charakter hat<sup>3</sup>. Für eine juristische Person des kantonalen öffentlichen Rechts kommt eine Beistandschaft grundsätzlich nicht in Betracht. Sie ist indessen zulässig, wenn das kantonale Recht das ZGB als ergänzendes Recht anwendbar erklärt und über die Beistandschaft nicht selber eine Bestimmung enthält<sup>4</sup>.

## § 13. Besonderheiten bei der AG

## A. Anwendbarkeit von ZGB 393 Ziff. 4 auf die AG

War früher in Lit.<sup>1</sup> und Judikatur<sup>2</sup> eine Tendenz erkennbar, die Beistandschaft auf die juristischen Personen des ZGB einzuschränken<sup>3</sup>, so ist heute in Praxis<sup>4</sup> und Doktrin<sup>5</sup> unbestritten, dass ZGB 393 Ziff. 4 auch die juristischen Personen des OR erfasst.

1 ZVW 12 26; Bachtler 217.

2 A.M. ZVW 28 158 E 3.

3 Bachtler 223; von Steiger 340 mit Zit.; vgl. § 22. A. XIX. 3.

4 ZVW 18 35 f.

1 Vgl. etwa Trüb 50 f. und Pfander 70 f.

2 Vgl. etwa ZVW 4 139: die vormundschaftlichen Organe sind für handelsrechtliche Verhältnisse nicht geeignet und die strenge Verantwortlichkeit würde sie zu hart treffen; ZR 34 223 Nr. 104.

3 Schroff 15 f.

4 ZVW 3 76 Nr. 16; BGE 51 II 259 ff., 69 II 21, 78 II 374 E 3c; JdT 117 I 379 E 1; BGE 56 III 10 Nr. 3 sprach unverständlichlicherweise von analoger Anwendung.

5 Schucany 625 N 7 II; Kaufmann, Beistandschaft 41 f.; Egger 393 N 24; von Waldkirch 29; von Steiger 32 f., 37, 69, 188, 273; vgl. Bürgi vor 698 N 7; Guhl/Merz/Kummer 661.

*B. Beistandschaft für die AG als ein mit Zurückhaltung zu handhabender Notbehelf<sup>6</sup>*

Diese an sich nicht viel besagende Formel des BGer. hat in der Praxis dazu geführt, ZGB 393 Ziff. 4 als eine einschränkend zu interpretierende Ausnahmebestimmung zu betrachten<sup>7</sup>, so dass Beistandschaften für AG äusserst selten sind<sup>8</sup>. Solche formelle Betrachtungsweise ist jedoch abzulehnen und es sollen die sachliche Gebotenheit<sup>9</sup>, die Interessen des Unternehmens<sup>10</sup> und andere von vormundschaftlicher Relevanz<sup>11</sup> den Weg weisen.

Wenn Schroff<sup>12</sup> zur Begründung einer einschränkenden Auslegung auf die Entstehungsgeschichte verweist, so ist so viel richtig, dass Befürchtungen laut wurden, ZGB 393 Ziff. 4 könnte ein Verstaatlichungsvehikel sein. Tatsache ist aber, dass nie die vormundschaftliche Behörde sich aufdrängen, sondern dass umgekehrt von privater Seite nach Beiständen gerufen wird.

Weiterhin sagt Schroff<sup>13</sup>, die Praxis entspreche den heutigen Bedürfnissen des Wirtschaftslebens. Das klingt eher befremdlich, wenn man an unzählige wohlbegründete, aber abgeschlagene Verbeistandungsbegehren denkt.

Gewiss nimmt sich ZGB 393 Ziff. 4 in der vormundschaftlichen Landschaft recht erratisch aus und liegt den im Handelsrecht meist unerfahrenen vormundschaftlichen Behörden nicht besonders. Das hilft aber nicht darüber hinweg, dass diese Bestimmung geltendes Recht und daher einstweilen anzuwenden ist.

*C. ZGB 393 Ziff. 4 als einziges auf die AG anwendbares vormundschaftsrechtliches Institut*

Unbestrittenermassen kommt für eine AG bloss Beistandschaft in Betracht, da Vormundschaft und Beiratschaft nur für natürliche Personen vorgesehen sind<sup>14</sup>. Geteilt sind die Meinungen hingegen bezüglich der Möglichkeit, einer AG einen Vertretungsbeistand nach ZGB 392 zu bestellen<sup>15</sup>. M.E. ist einer AG ein Beistand

6 BGE 71 II 217 E 2, 78 II 374 E 3c; JdT 117 I 379 E 1; SAG 43 68; Wehrli 145; Bachtler 218; Patry II 262.

7 Vgl. etwa ZVW 23 114 E 1, 28 158 E 3.

8 Forstmoser/Meier-Hayoz 139 N 13.

9 Egger 392 N 8, 8a.

10 Patry II 262; ZVW 28 39.

11 Vgl. § 1.

12 4, 19.

13 19.

14 BGE 69 II 22.

15 Ablehnend Sauter 17 f.; ZVW 2 147 Nr. 66, 4 139; Pfander 70; Kaufmann vor 392 N 10, Art. 393 N 28; unschlüssig Egger 392 N 12 (anders aber 393 N 5); befürwortend ZBGR 28 254 Nr. 97; Kaufmann/Kaufmann 702 S. 5; Riemer 108; wohl auch BGE 69 II 22; ZVW 1 98 ff.

immer nur nach ZGB 393 Ziff. 4 zu bestellen. Dies einmal deswegen, weil das Gesetz offensichtlich nur hier juristische Personen anspricht; dann aber auch aus der praktischen Erwägung, dass Zulassung auch von Vertretungsbeistandschaften im formellen Bereich (vgl. ZGB 396 I und II, 418 und 419, 439 I und II) unnötige Komplizierungen, Überschneidungen und Ungewissheiten verursachen kann. Das heisst aber keineswegs, dass ZGB 392 und etwa 393 Ziff. 2 für die AG ohne Bedeutung wären. Angesichts der Tatsache, dass die Aufzählung in ZGB 393 nicht abschliessend ist<sup>16</sup>, können die genannten Bestimmungen durchaus Verbeistandungsgründe darstellen bzw. den Verbeistandungsgrund von ZGB 393 Ziff. 4 verdeutlichen.

Etwas anderes ist zweifellos die unproblematische Geltung von ZGB 392 Ziff. 2 f. für den einer AG beigegebenen Beistand.

### 3. Kapitel

#### Mangel der für die Verwaltung erforderlichen Organe

##### 1. Abschnitt

#### Organe im allgemeinen

##### § 14. Organbegriff

##### A. Organe als Funktionsträger

Organe sind Träger der verschiedenen in der Binnenstruktur einer Gesellschaft ausdifferenzierten, lebenswichtigen<sup>1</sup> Funktionen, als da sind Willensbildung, Geschäftsführung und Kontrolle<sup>2</sup>. Die früher geltende Willentheorie Karl Wielands<sup>3</sup>, nach welcher die Kontrolle keine Organfunktion darstellte<sup>4</sup>, ist von BGer. und Gesetzgeber zugunsten des Kriteriums der Handlungsfunktion aufgegeben worden<sup>5</sup>.

16 BGE 51 II 265; ZVW 15 152.

1 Hartmann 70.

2 Meier-Hayoz/Forstmoser 54 N 20; ähnlich Gehriger 10; einfacher Forstmoser/Meier-Hayoz 134 N 1; Egger 54 f. N 5; von Waldkirch 11; Bürgi vor 698 N 1 a.E.

3 Handelsrecht, Band II: Die Kapitalgesellschaften, München und Leipzig 1931, S. 91.

4 Bürgi vor 698 N 29; Schucany 698 N 1 I a.E.

5 Hartmann 68; vgl. Bürgi vor 698 N 18.

## B. *Organe als nach aussen auftretende Funktionsträger*

### I. Organ als Voraussetzung der Handlungsfähigkeit der AG

Der juristischen Person fehlt die natürliche Handlungsfähigkeit. Erst durch die Bestellung von Organen wird sie handlungsfähig (ZGB 54)<sup>6</sup> und nimmt durch deren Vermittlung am rechtsgeschäftlichen Verkehr teil<sup>7</sup>.

### II. Organ als Exekutive<sup>8</sup>

#### 1. Problematik der Begriffsbestimmung

Das Gesetz enthält keine Umschreibung des Organbegriffes<sup>9</sup>, weshalb dies Lehre und Rechtsprechung tun müssen<sup>10</sup>.

#### 2. Relevanz eines Organbegriffes für die AG?

Ist im Aktienrecht ein Organbegriff überhaupt erforderlich bzw. sind die Organe i.S. von ZGB 55 mit den zur Geschäftsführung und Vertretung befugten Personen gemäss OR 718 und 754 identisch?

Nach Zimmermann<sup>11</sup> schliessen OR 718 und 754 den Organbegriff von ZGB 55 aus<sup>12</sup>. Nach einer anderen Meinung<sup>13</sup> stellt OR 718 III einen bes. Anwendungsfall von ZGB 55 II dar bzw. besteht Übereinstimmung zwischen dem Personenkreis in ZGB 55 und OR 718<sup>14</sup>.

M.E. ist der Übereinstimmungslehre zuzustimmen, denn sie allein lässt sich mit dem nachfolgend 4. zu entwickelnden funktionellen Organbegriff vereinen.

6 von Waldkirch 5; Bürgi vor 698 N 2; vgl. Egger 54 f. N 10; Max Gmür/Ernst Hafer: Kommentar zum Schweizerischen ZGB, Band I: Einleitung, Personenrecht, 2. Auflage, Bern 1919, 54 N 1; Forstmoser/Meier-Hayoz 135 f.; Patry I 91; Gehrig 10.

7 Kreis 26; Meier-Hayoz/Forstmoser 50 N 8; vgl. Gutzwiller 479; Portmann 19.

8 Vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser 54 N 20; Forstmoser/Meier-Hayoz 135 N 5; Gehrig 10.

9 Portmann 18; von Waldkirch 8 speziell für die AG; Steinbrüchel 41 ff.: ZGB 55 I taugt nicht als Definition.

10 ZR 44 163 Nr. 70; Gehrig 11; von Waldkirch 11 zweifelt zu Unrecht daran, dass ein allgemeingültiger Organbegriff gefunden werden könne.

11 64 f., 70.

12 Ähnlich Steinbrüchel 89, der S. 49 f. aussagt, dass der Organbegriff weiter gehe als OR 718 III.

13 Otfinger II 103 f.; zust. BGE 105 II 292 E 5.

14 Portmann 24 mit weiteren Hinweisen; ZR 44 164; vgl. Forstmoser 125 N 481 zu OR 754 I; nach Gehrig 64 ist die Frage praktisch bedeutungslos, was wohl auf ein Bekenntnis zur Identitätslehre hinausläuft.

### 3. Formale Betrachtungsweise

Wer Organ ist, bestimmen zunächst Gesetz<sup>15</sup>, Statuten<sup>16</sup>, Reglement oder Gesellschaftsbeschluss<sup>17</sup>.

Dies allein würde indessen den Schutz, den ZGB 55 gewährt, illusorisch machen<sup>18</sup>, indem die Geschäftsführung einfach an Dritte übertragen werden könnte<sup>19</sup>.

### 4. Funktionale Betrachtungsweise

#### a) *Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichts*<sup>20</sup>

##### aa) *Vor Inkrafttreten des ZGB*

Nur Zugehörigkeit zum obersten Verwaltungsorgan verlieh Organschaft<sup>21</sup>. Nach Inkrafttreten des ZGB erwies sich diese Auffassung aber als zu eng<sup>22</sup>.

##### bb) *Nach Inkrafttreten des ZGB*

Organ ist nun nicht nur, wer dem obersten Verwaltungsausschuss angehört oder in ihm entscheidend mitwirkt, sondern auch, wer unter dessen Aufsicht die eigentliche Geschäftsführung besorgt<sup>23</sup>, d.h. wer die im Mittelpunkt der Tätigkeit einer juristischen Person liegenden Funktionen in selbständiger und unabhängiger Weise ausübt<sup>24</sup>.

Einen scheinbaren Widerspruch enthalten zwei benachbarte BGE<sup>25</sup>, indem für Organqualität einmal<sup>26</sup> eine entscheidende Art der Mitarbeit an der Bildung des

15 Dieses verleiht Organqualität unabhängig von der tatsächlich erfüllten Aufgabe: Forstmoser 125 N 482.

16 von Waldkirch 6; Meier-Hayoz/Forstmoser 54 N 21.

17 Portmann 21 f.

18 Vgl. BGE 81 II 226 f., 87 II 187, 101 Ib 453 E 5a.

19 BGE 48 II 7.

20 Vgl. Gutzwiller 489 f. und Portmann 26 ff.

21 Vgl. BGE 20 1122, 34 II 497; noch Botschaft zum neuen Aktienrecht, S. 50 liess die Direktoren nicht als Organe gelten, was aber in diesem speziellen Fall wegen der Gleichstellung in OR 718 III und 754 nicht von Bedeutung ist (zit. nach Schucany 717 N 3 II und Bürgi vor 698 N 34).

22 BGE 48 II 6, 68 II 289 f., vgl. 65 II 6, 68 II 301 E 4, 72 II 65 f.

23 BGE 65 II 6 mit Verweis auf 14 649 und 48 II 6 ff., welcher bestätigt wird in 51 II 529, 54 II 145, 59 II 431; so später noch 101 Ib 435 E 5a.

24 BGE 72 II 65 f.

25 Portmann 28 wirft dem BGer. daher vor, keine gerade Linie zu verfolgen.

26 BGE 68 II 289 f.

Verbandswillens, eine unabhängige Stellung in den Gesellschaftsangelegenheiten, Innehaltung der Zügel des Unternehmens<sup>27</sup> verlangt wird, das andere Mal aber<sup>28</sup> keine Mitwirkung bei der inneren Willensbildung der juristischen Person, sondern bloss Teilnahme an der eigentlichen Geschäftsführung, Betätigung in leitender Stellung. Die Abweichung liegt bloss im Moment der Willensbildung. M.E. wird sie im ersten Entscheid (wie auch später) verstanden als selbständige Entscheidungsbefugnis in einem wesentlichen Aufgabenbereich der juristischen Person<sup>29</sup>, im zweiten dagegen als Mitgliedschaft im obersten Verwaltungsgremium<sup>30</sup>. Die Definitionsbemühungen des BGer. müssen immer vor dem Hintergrund konkreter Entscheidungen gesehen werden, und die Unterscheidung von Organ und Nichtorgan wird oft mehr vom juristischen Gefühl als von mehr oder minder vagen Formeln abhängen.

### *cc) Jüngste Entscheide*

Für die Organqualität muss verlangt werden, dass es sich um Personen oder Personengruppen<sup>31</sup> handelt, die durch die Stellung, die sie im Unternehmen einnehmen, und durch die Befugnisse, die ihnen durch die Statuten oder Regeln, welche die interne Organisation des Unternehmens bestimmen, übertragen sind, effektiv und in entscheidender Weise an der Bildung des Gesellschaftswillens teilnehmen<sup>32</sup>. Organ ist, wer in unabhängiger Weise wichtige Entscheidungen trifft<sup>33</sup>.

### *b) Doktrin*

#### *aa) Organdefinition*

Zuweilen wird lediglich das BGer. zitiert<sup>34</sup>.

Egger<sup>35</sup> verlangt zumindest mittelbare satzungsmässige Fundierung der Organe – und verfehlt damit die faktischen – und eine selbständige Erfüllung der ihnen eigenen korporativen Funktionen, wobei letzteres unklar bleibt.

27 BGE 61 II 342.

28 BGE 68 II 301 E 4.

29 Vgl. BGE 72 II 65 f., der auf 68 II 289 f. verweist.

30 I.S. von BGE 34 II 497.

31 Wobei jedem einzelnen Mitglied Organqualität zukommt: Portmann 30.

32 BGE 81 II 226 f.; gl.M. ZR 75 259 E 3b.

33 BGE 87 II 187 f.: davon zu unterscheiden sind bloss Aufsichts- und Ausführungsfunktionen; BGE 101 Ib 435 f.

34 Schucany 717 N 3 II; Bürgi vor 398 N 34; vgl. Funk 698 N 1 I; Hartmann 55.

35 54 f. N 8.

Steinbrüchel<sup>36</sup> operiert mit der Chefstellung, welche gekennzeichnet werde durch die gegenüber den unteren Funktionären (den Hilfspersonen) für ein bestimmtes Ressort oberste Zuständigkeit. Die Ungewissheit liegt hier darin, was noch als Ressort gelten darf.

Nach Portmann<sup>37</sup> können nur oberste Funktionäre als Organe betrachtet werden, während andere — selbst leitende — Funktionäre nur als Hilfspersonen behandelt werden dürfen. Hier müsste einiges hängenbleiben, was vom BGer. noch als Organ anerkannt wurde<sup>38</sup>.

Oftingers<sup>39</sup> "selbständige Erfüllung korporativer Aufgaben" ist noch zu wenig aussagekräftig.

Die m.E. beste Fassung, die komprimiert wiedergibt, was das BGer. nicht immer ausdrücklich und vollständig zum Organbegriff gesagt hat, stammt von Meier-Hayoz/Forstmoser<sup>40</sup>: Organ ist, wer effektiv und in entscheidender Weise an der Bildung des Verbandswillens teilhat, indem er in einem wesentlichen Aufgabenbereich der juristischen Person selbständige Entscheidungsbefugnisse besitzt. Ob seine Stellung sich aus der autonomen Satzung oder lediglich aus der tatsächlichen Organisationsstruktur einer Gesellschaft ergibt, ist dabei ohne Belang.

#### *bb) Massgebliche und unmassgebliche Gesichtspunkte*

Organe müssen nicht als solche bezeichnet<sup>41</sup> noch in den Statuten erwähnt sein, noch genüge dies allein, um Organeigenschaft zu verleihen<sup>42</sup>. Gegenteils hilft es nichts, gewissen Funktionären expressis verbis die Organqualität abzusprechen<sup>43</sup>.

Die Organeigenschaft hängt weder von rechtsgeschäftlicher Vertretungsvollmacht, der sogenannten Zeichnungsbefugnis<sup>44</sup>, noch von der Eintragung ins Handelsregister<sup>45</sup>, noch im besonderen von der Mitgliedschaft bei der AG<sup>46</sup> ab. Dagegen ist jeder Zeichnungsberechtigte Organ<sup>47</sup>. Im übrigen gilt der funktionelle Organbegriff<sup>48</sup>.

36 79 ff.

37 20.

38 Kritik auch bei Oftinger II 105 Anm. 34 und Gehrig 20.

39 II 105.

40 54 N 21; nahe daran auch Guhl/Merz/Kummer 660 und Gehrig 12.

41 Kreis 35.

42 Gehrig 63.

43 Portmann 23.

44 Portmann 29 mit weiterer Lit.

45 Zimmermann 67 f.; vgl. Gehrig 17.

46 Portmann 30.

47 Bürgi vor 698 N 20; Hartmann 69; a.M. mit nicht überzeugender Begründung Portmann 29 entgegen der praktisch einhelligen, in Anm. 4 zit. gegenteiligen Ansicht.

48 Gehrig 19; Bürgi vor 698 N 18 f.

## § 15. Organe der AG

### A. Gesetzliche Organe

#### I. Ordentliche Organe

Alt OR 642 bezeichnete als Organe der AG ausdrücklich GV, Verwaltung und Kontrollstelle<sup>1</sup>. Dass dasselbe auch ohne ausdrückliche Norm für das revidierte OR gilt, folgt aus OR 626 Ziff. 4 f. sowie aus dem 3. Abschnitt "Organisation der AG", welcher in die Unterabschnitte "Generalversammlung", "Verwaltung" und "Kontrollstelle" zerfällt<sup>2</sup>.

GV, Verwaltung und Kontrollstelle sind notwendige Funktionsträger der AG<sup>3</sup> und deshalb gesetzlich vorgeschrieben<sup>4</sup>.

#### II. Ausserordentliche Organe

Gesetzliche Organe für a.o. Situationen sind die Liquidatoren (OR 740 ff.)<sup>5</sup> sowie der Sachwalter (OR 725 IV)<sup>6</sup>.

Dagegen sind die bes. Sachverständigen in OR 723<sup>7</sup> sowie die Revisionsstelle in OR 732 II keine Organe<sup>8</sup>. Keine Organe sind des weitern die bes. Kommissäre und Sachverständigen in OR 731 II<sup>9</sup>.

### B. Statutarische Organe

Das Gesetz regelt die Organisation der AG nicht abschliessend. Es können statutarische oder durch ein in den Statuten vorgesehenes Reglement<sup>10</sup> weitere Organe

1 Schucany 698 N 1 I.

2 Forstmoser/Meier-Hayoz 134 N 2.

3 Forstmoser/Meier-Hayoz 134 N 2; Mielke 2; Steinbrüchel 53; Gutzwiller 484; Guhl/Merz/Kummer 660.

4 Portmann 21 f.; Gehrig 10 f.; vgl. Schucany 698 N 1 I; Staehelin 249; Marugg 4; Bürgi vor 698 N 22; Patry II 221.

5 Gehrig 76; Guhl/Merz/Kummer 660; Funk 698 N 1 I; Portmann 31; Oftinger II 105; Bürgi vor 698 N 22, 36; a.M. Schucany 743 N 7: sie werden aber in bezug auf die Haftung der AG aus ihren unerlaubten Handlungen den Organen gleichgestellt. – Wieso sie dann nicht als Organe bezeichnen?

6 Forstmoser/Meier-Hayoz 135 N 4.

7 Bürgi 723 N 9; Forstmoser/Meier-Hayoz 201 N 4.

8 Forstmoser 116 N 445.

9 Forstmoser/Meier-Hayoz 202 N 8; Gehrig 81; Forstmoser 116 N 445; Wander 14; Schucany 731 N 2; Bürgi 731 N 8.

10 Portmann 22.

vorgesehen werden<sup>11</sup>, denen jedoch keine Aufgaben zugewiesen werden dürfen, welche nach Gesetz zwingend einem der drei obligatorischen Organe zukommen<sup>12</sup>. Auch die statutarischen sind insofern gesetzliche Organe, als sie in OR 717 II erwähnt werden<sup>13</sup>, doch geht ihnen einerseits die Unabdingbarkeit gesetzlicher Organe ab und bedürfnisse andererseits einer statutarischen Grundlage.

### C. *Faktische Organe*

Das BGer. anerkennt auch faktische Organe, die, ohne dass sie durch Gesetz oder Statuten ausdrücklich als Organe bezeichnet werden, tatsächlich und in entscheidender Weise an der Willensbildung der juristischen Person teilnehmen<sup>14</sup>.

Zu denken ist hier einmal an Funktionäre unterhalb den Stufen Verwaltungsrat und Direktion, soweit sie das Organkriterium überhaupt noch erfüllen (Delegation von Organkompetenzen nach unten), dann aber v.a. auch an die Ausübung höchster Organkompetenzen durch nicht als Organe in Erscheinung tretende Personen. Hauptanwendungsfall ist der verdeckte Verwaltungsrat<sup>15</sup>, ein Hauptaktionär, der mittels Strohmannern die AG tatsächlich leitet<sup>16</sup>. Was immer die Motive sein mögen<sup>17</sup>, das faktische Organ ist wegen des funktionellen Organbegriffes als Organ zu betrachten.

## § 16. *Unternehmerische Funktionen und ihre Zuordnung zu den verschiedenen Organen*

### A. *Willensbildung*

Zwar erfolgen Willensbildungsvorgänge in allen Organen, doch ist die GV das wichtigste Willensbildungsorgan<sup>1</sup> bzw. Willensbildungsorgan der AG schlechthin<sup>2</sup>. Nicht

11 Bürgi vor 698 N 33; Gehrig 11.

12 Forstmoser/Meier-Hayoz 135 N 3; letzteres muss auch für die faktischen Organe gelten.

13 Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz 135 N 3; Oftinger II 105; Marugg 4; Bürgi vor 698 N 23, 35: der Titel "Direktor" oder "Prokurist" ohne selbständige Geschäftsführungskompetenz kreiert aber kein Organ.

14 Marugg 4 mit Verweisen; vgl. Bürgi vor 698 N 34; Guhl/Merz/Kummer 660; vorne § 14. von B. II. 4. a) cc) an.

15 Bürgi 712 N 10, 753 f. N 119.

16 BGE 78 IV 30; Gehrig 14 f., 21, 27, 77 ff.

17 Vgl. Portmann 26; Gehrig 29 ff.

1 Wander 8; Hartmann 30, 33; vgl. Kreis 38 f.

2 Forstmoser/Meier-Hayoz 137 N 1; Mielke 2; vgl. Bürgi vor 698 N 26; Funk 698 N 1 II.

vergessen werden darf aber die z.T. selbständige<sup>3</sup> Willensbildung in der Verwaltung<sup>4</sup>, die ja gerade ihre Organschaft kennzeichnet<sup>5</sup>.

## *B. Ausführungs- und Handlungsfunktion*

Es handelt sich hier um diejenigen Tätigkeiten, welche direkt zur Zweckerfüllung der AG beitragen. Typisch hierfür sind Geschäftsführung und Vertretung<sup>6</sup>. Die Handlungsfunktionen können Willensausführungen eines andern Organs sein (z.B. Ausführung von GV-Beschlüssen durch die Verwaltung)<sup>7</sup>, müssen es aber nicht (z.B. wenn die Verwaltung innerhalb ihrer Willensbildung tätig wird).

Die Verwaltung ist das Exekutivorgan der Gesellschaft<sup>8</sup>.

## *C. Vorwiegend formelle Kontrolle der rechtlichen und buchhalterischen Tätigkeit der Exekutive<sup>9</sup>*

Es geht hier um reine Finanzprüfung<sup>10</sup>. Formeller Natur ist die Prüfung, ob die Geschäftsbücher ordnungsgemäss geführt werden und mit Bilanz sowie Gewinn- und Verlustrechnung übereinstimmen<sup>11</sup> (Einhaltung des Grundsatzes der Bilanzklarheit). Von mat. Natur wird bei der Untersuchung gesprochen, ob Geschäftsergebnis und Vermögenslage in Übereinstimmung stehen mit den gesetzlichen und statutarischen Bewertungsgrundsätzen (Einhaltung des Grundsatzes der Bilanzwahrheit)<sup>12</sup>, doch bedeutet dies noch lange nicht eine Aufsicht (vgl. nachstehend D.).

Diese Kontrolle erfolgt durch die Kontrollstelle<sup>13</sup>. Es wird gesagt, dass es sich bei ihrer Tätigkeit nicht um eine zur Erfüllung des Gesellschaftszweckes notwendige handle<sup>14</sup> und dass deshalb ihrer Funktion nur kraft zwingender gesetzlicher Fest-

3 Hartmann 34 mit Verweis auf OR 721 II.

4 Wander 8; Gehriger 13 f.

5 Vgl. § 14. von B. II. 4. a) cc) an.

6 Patry II 246; Bürgi vor 698 N 28; Hartmann 37 mit Verweis auf OR 718 III.

7 Wander 8; enger Kreis 39.

8 Staehelin 251; Forstmoser/Meier-Hayoz 137 N 1; Patry II 246; Mielke 20; Gehriger 13; unrichtig Wander 8, nach welchem die Handlungsfunktion nur vorwiegend der Verwaltung obliegt, und Funk 707 N 1 I, nach welchem die Verwaltung bloss ein ausführendes Organ der AG ist.

9 Forstmoser/Meier-Hayoz 137 N 1.

10 Wander 8; Staehelin 251.

11 Hartmann 49.

12 Guhl/Merz/Kummer 675; etwas unpräzise und daher irreführend Hartmann 49; vgl. Patry II 254 f.

13 Forstmoser/Meier-Hayoz 137 N 1; Gehriger 13.

14 Wander 8.

legung Organcharakter zukomme<sup>15</sup>, doch ist m.E. eine wie auch immer geartete Kontrolle notwendiger Bestandteil jeder vernünftigen Zweckverfolgung.

## D. *Materielle Aufsicht über Zweckmässigkeit und Angemessenheit der Ausführungshandlungen*<sup>16</sup>

### I. Fehlen eines eigentlichen Aufsichtsorgans

Das schweizerische OR sieht im Gegensatz zur Bundesrepublik Deutschland und vermehrt auch zu anderen Staaten<sup>17</sup> kein spezielles Aufsichtsorgan vor. Insbes. ist die Kontrolle der Geschäftsführung grundsätzlich nicht Sache der Rechnungsrevisoren<sup>18</sup>.

Die Aufsicht muss daher durch eines der drei o. gesetzlichen Organe oder bes. Kommissäre oder Sachverständige übernommen werden<sup>19</sup>.

### II. Möglichkeiten der Aufsichtsorganisation

Das Gesetz selber sieht fakultativ Organisationsmöglichkeiten vor, nach welchen die Verwaltung die Exekutivtätigkeit weitgehend an einzelne Mitglieder (Delegierte), Ausschüsse oder eine Direktion<sup>20</sup> delegieren kann und ihr praktisch nur noch Überwachungspflichten bleiben (vgl. OR 717 II, 722 I Ziff. 3 und II, 714 II). Vorgesehen ist auch die Möglichkeit, die Befugnisse und Pflichten der Kontrollstelle auszudehnen (vgl. OR 731 I) und ihr eine Überprüfung der Zweckmässigkeit der Geschäftsführung zu übertragen<sup>21</sup> oder bes. Kommissäre oder Sachverständige zu ernennen (vgl. OR 731 II). Nie aber dürfen der Kontrollstelle eigentliche Aufgaben der Verwaltung selbst, d.h. Geschäftsführung und Vertretung, übertragen werden<sup>22</sup>.

In kleinen Gesellschaften, in welchen die Aktionäre über die nötige Sachkompetenz verfügen, kann endlich auch die GV die Aufsicht selber ausüben<sup>23</sup>.

15 Hartmann 50.

16 Forstmoser/Meier-Hayoz 137 N 1 f.; Wander 8, 24; Meier-Hayoz/Forstmoser 281 N 147 f.

17 Hans Claudius Ficker: Die europäische Entwicklung zu einem Aufsichtsratssystem für Grossgesellschaften, in: Recht und Wirtschaft in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Johannes Bärmann zum 70. Geburtstag, München 1975, S. 299 ff.; vgl. Mielke 2, 28.

18 Staehelin 252.

19 Gehrig 13.

20 Guhl/Merz/Kummer 670; Hartmann 38, 48.

21 Meier-Hayoz/Forstmoser 281 N 148: dies ist nicht unbestritten.

22 Wander 24; Mielke 28 f.; Patry II 254 ff.

23 Forstmoser/Meier-Hayoz 137 N 2; vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser 281 N 148.

## 2. Abschnitt

### Erforderliche Organe

#### § 17. Bedeutung des Ausdrucks "erforderlich" in ZGB 393 Ziff. 4

Schroff<sup>1</sup> und Kaufmann<sup>2</sup> setzen a priori die erforderlichen Organe in ZGB 393 Ziff. 4 mit den o. Organen (§ 15. A. I.) gleich; ja sie gehen noch weiter und lassen als Organ i.d.S. nur gelten, was nach Gesetz die Vermögensverwaltung zu besorgen und die juristische Person zu vertreten hat.

Aus ZGB 393 Ingress und Ziff. 4 geht jedoch m.E. hervor, dass sich "erforderlich" auf die Vermögensverwaltung bezieht, dass demnach die erforderlichen Organe nicht schon vorausbestimmt sind, sondern von der Vermögensverwaltung her gefragt werden muss, welche Organe für sie erforderlich sind.

Was hinwiederum unter der nötigen Verwaltung (ZGB 393 Ingress) zu verstehen ist, richtet sich nach Art und Zusammensetzung des Vermögens und nach dem Rechtsverhältnis der Beteiligten<sup>3</sup>.

In diesem relativierenden Sinne sollen die folgenden Ausführungen aufgefasst werden.

#### § 18. Kontrollstelle als erforderliches Organ

Umstritten ist, ob die GV trotz Fernbleibens der Kontrollstelle Beschluss fassen darf<sup>1</sup>. Der Wortlaut von OR 729 IV charakterisiert diese Bestimmung wohl eher als Sollvorschrift, so dass insofern die Kontrollstelle kein erforderliches Organ darstellt.

Nach einmütiger Lehre kann dagegen die GV ohne Vorlegung eines Revisionsberichtes keinen gültigen Beschluss über Gewinn- und Verlustrechnung, Bilanz, Verwendung des Reingewinns und Entlastung der Verwaltung fassen<sup>2</sup>, und es wäre ein dennoch gefasster Beschluss nichtig<sup>3</sup>. Desungeachtet wird gesagt, dass bei Fehlen der Kontrollstelle i.d.S. die zur Verwaltung unentbehrlichen Organe der AG nicht abgehen<sup>4</sup>, da das geschäftsführende Organ in rechtsgenügender Weise für das Vermögen Sorge zu tragen habe<sup>5</sup>. M.E. kann aber das Fehlen der genannten Beschlüsse gerade dahin führen, dass die Verwaltung dazu nicht mehr imstande ist.

1 23.

2 Beistandschaft 42.

3 Kaufmann 393 N 5; Pfander 49.

1 Bejahend von Steiger 285; Funk 729 f. N 3 III; Schucany 729 N 7; Schroff 27; verneinend Bürgi 729 N 29.

2 Schroff 27.

3 Bürgi 729 N 24; Schucany 729 N 5; für blosse Anfechtbarkeit Funk 729 f. N 3 I.

4 Wander 88.

5 Schroff 27 f.

Es spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle, dass viele Aktiengesellschaften in gesetzwidriger Weise ohne Kontrollstelle auszukommen glauben und es auch tun, solange alles gut geht. Die vormundschaftlichen Behörden dürfen sich nicht mit Hinweis auf solche Zustände ihrer Pflichten entschlagen, die hier entstehen, sobald das Fehlen eines Revisionsberichtes der Kontrollstelle Situationen schafft, die an vormundschaftlich relevante Interessen<sup>6</sup> rühren.

## § 19. Generalversammlung als erforderliches Organ

### A. Leitfall<sup>1</sup>

Eine Aktie einer Zürcher AG gehörte deren einzigem schweizerischen Verwaltungsrat, die restlichen 99 Aktien zwei ausländischen Aktiengesellschaften, deren o. Organe am Handeln verhindert waren und deren kriegskommissarische Zwangsverwaltung in der Schweiz nicht anerkannt wurde. Die Abhaltung einer GV stellte daher Probleme und der Verwaltungsrat beantragte die Ernennung eines Beistandes.

Die Vormundschaftsbehörde lehnte Anwendung von ZGB 393 Ziff. 4 auf die Zürcher AG ab, da dieser Artikel das Fehlen der Verwaltung voraussetzte, eine Verwaltung aber noch existierte<sup>2</sup>.

Der Bezirksrat hielt dagegen fest, dass der GV nach OR 698 bestimmte unübertragbare Verwaltungshandlungen zustünden, ein ordnungsgemässer Geschäftsgang ohne sie daher nicht denkbar wäre. Eine GV mit dem Verwaltungsrat als einzig anwesendem Aktionär vermöchte den Grossteil ihrer Kompetenzen wegen Interessenkollision nicht auszuüben. Der Bezirksrat bestellte aber nicht der Zürcher AG einen Beistand, sondern den ausländischen Aktionär-Aktiengesellschaften<sup>3</sup>.

Nach der Justizdirektion wiederum fehlte der Zürcher AG die nötige Verwaltung nicht. Decharge des Verwaltungsrats, Genehmigung der Jahresrechnung, Beschlussfassung über Verwendung des Reingewinns und Gewinnanteil der Verwaltung wären nicht dringend, und viele Beschlüsse könnten in einer (zweiten) GV mit dem Verwaltungsrat allein gefasst werden<sup>4</sup>.

<sup>6</sup> Vgl. § 1.

<sup>1</sup> ZVW 1 98 ff.; vgl. auch Wiedergaben von Kaufmann, Beistandschaft 45; von Steiger in SAG 16 79 ff. und 17 14 f.

<sup>2</sup> Offenbar gl.M. Kaufmann, Beistandschaft 46.

<sup>3</sup> Zust. von Steiger in SAG 16 81 f.: Entscheid im Interesse der AG und der Erhaltung von Arbeitsplätzen; Wehrli 138 f. kritisiert zu Recht, dass der Bezirksrat Zürcher AG und ausländische Aktiengesellschaften nicht klar auseinanderhielt.

<sup>4</sup> Gl.M. Wehrli 141; Egger 393 N 28; nach von Steiger in SAG 17 14 f. beachtenswerter Entscheid, der aber den a.o. Verhältnissen nicht gerecht werde.

## B. Diskussion

### I. Polarisierte Meinungen

Wird auf der einen Seite eine Verbeiständung wegen fehlender GV für möglich gehalten<sup>5</sup>, so hält dies Schroff<sup>6</sup> so lange für unzulässig, als eine funktionsfähige Verwaltung (so unser Fall) vorhanden ist, da diese auch ohne GV alle notwendigen Verwaltungsgeschäfte vorzunehmen vermöge, indem sie sich auf gesetzliche und statutarische Regeln oder frühere GV-Beschlüsse stütze.

Nun steht aber fest, dass aufgrund v.a. auch von OR 698 Ziff. 5 der GV im Falle einiger a.o. wichtiger Geschäfte Einwirkungsmöglichkeiten auf die Vermögensverwaltung vorbehalten sein können<sup>7</sup>, so dass es ohne GV unmöglich werden mag, notwendige Verwaltungshandlungen vorzunehmen.

### II. Generalversammlung mit dem einzigen Verwaltungsrat

Die Bedenken des Bezirksrates und von Wehrli<sup>8</sup>, dass der Verwaltungsrat wegen Interessenkollision kein Stimmrecht habe, sind unbegründet, da ZGB 68 auf das Gesellschaftsrecht nicht anwendbar ist<sup>9</sup>. Von Gesetzes wegen (OR 695) darf die Verwaltung bloss beim Entlastungsbeschluss nicht mitstimmen<sup>10</sup>. Die Formulierung des BGer. lässt Raum für statutarische Beschränkungen, die Bürgi<sup>11</sup> wegen der Wohlerwordenheit des Stimmrechts für nichtig hält, die aber m.E. in Fällen von Interessenkollision, wie z.B. Abnahme von Bilanz und Geschäftsbericht, durchaus zulässig sind. Und hier beginnen die Probleme.

5 Patry II 262; von Waldkirch 64 f.; vgl. BGE 76 II 52.

6 24 f.; gl.M. Wehrli 142.

7 Vgl. Staehelin 250; Mielke 20, 23; Wander 64; Forstmoser/Meier-Hayoz 147 N 26; Schucany (zit. § 25. Anm. 3) 112 f.

8 141.

9 Bürgi 695 N 15 mit Verweisen; Funk 695 N 2 III; BGE 83 II 64; von Steiger 52; Wolf 1 ff. und 58 ff.; Aug. Egger: Schranken der Majoritätsherrschaft im Aktienrecht, in: ZSR 45 I ff., 20 ff.; Siegwart vor 620 N 81 ff. mit Zit.; Näheres bei Walter Zinke: Der Stimmrechtsausschluss des Aktionärs in der GV bei Interessenkollision nach schweizerischem und deutschem Recht, Diss. Zürich 1939, S. 38 ff.; a.M. ZVW 15 113 Nr. 12.

10 BGE 100 II 389; Forstmoser 89 N 323; Schucany 695 N 1; ausführlicher Lemp 315 ff. mit Zit.

11 695 N 3.

### III. Notwendigkeit einer anderen Generalversammlung

Ganz abgesehen davon, dass auf eine GV mit dem einzigen Verwaltungsrat nicht verwiesen werden kann, wenn es auch an einem solchen fehlt, gibt es Fälle, wo diese Verwaltungsrats-GV nicht beschliessen kann.

#### 1. Decharge

Ein Verwaltungsrat hat Anspruch auf Decharge<sup>12</sup>. Zwar ist die Entlastung für die AG nicht notwendig, doch haben wir auch Drittinteressen als Verbeistandungsgründe anerkannt<sup>13</sup>.

#### 2. Demission des Verwaltungsrats

Schroff<sup>14</sup> verweist hier den Verwaltungsrat auf OR 736 Ziff. 4 und 625 II. OR 736 Ziff. 4 setzt aber Beherrschung des fünften Teils des Aktienkapitals voraus. Zudem ist die Klage subsidiär<sup>15</sup>, d.h. nur zugelassen, wenn weder Gesetz noch Statuten einen anderen Schutz gewähren. Die Beistandschaft aber ist ein solcher gesetzlicher Schutz. Auch bliebe immer noch fraglich, ob das (momentane) Fehlen der GV einen wichtigen Grund i.S. des Artikels darstellt<sup>16</sup>. Schliesslich muss auch OR 625 II nicht unbedingt zum Ziele führen. Ohne Beistandschaft kann daher der Verwaltungsrat durchaus "Gefangener der Gesellschaft" sein.

#### 3. Anwesenheitsquoten und qualifizierte Beschlüsse

##### a) *Ablehnung der Verbeiständung*

Es wird nicht verkannt, dass der GV mit dem einzigen Verwaltungsrat gewisse Beschlüsse verwehrt sind (vgl. OR 636, 648 f., 650, 655, 658, 627 Ziff. 11). Wehrli<sup>17</sup> hält fest, dass dies aber auch unter normalen Verhältnissen denkbar sei.

12 F. von Steiger: Der Verwaltungsrat und sein Präsident. Aufgaben und Befugnisse, in: SAG 12 49 ff., 49 f.

13 Vgl. § 1.; für Verbeiständung der AG auch von Steiger in SAG 16 79 ff.; vgl. von Steiger 273; a.M. Schroff 25, 52; von Waldkirch 26: Décharge ist keine Vermögensverwaltung.

14 25 f.; vgl. Wehrli 144.

15 BGE 67 II 166.

16 Vgl. von Waldkirch 56.

17 142.

Die Einleitung solcher a.o. Massnahmen ginge über die vormundschaftlichen Aufgaben hinaus. Die vormundschaftlichen Organe wären nicht in der Lage, die erforderlichen Entscheidungen zu treffen und die Verantwortung dafür zu übernehmen. Solche Massnahmen hätten daher zu unterbleiben<sup>18</sup>. Die möglichen Unzukömmlichkeiten hätten sich die Aktionäre selbst zuzuschreiben, weil sie keine Vorsorge für solche Fälle getroffen hätten<sup>19</sup>.

### *b) Befürwortung der Verbeiständung*

Nach F. von Steiger<sup>20</sup> kann die Unterlassung solcher Massnahmen Nachteile für Aktionäre, AG, die Arbeiterschaft und die Öffentlichkeit mit sich bringen. Nicht verkannt werden dürfe in der Frage der Verbeiständung die schwierige Lage der Vormundschaftsbehörde, an die bei Erlass des Gesetzes wohl nicht gedacht worden sei.

Sobald die Unterlassung solcher Massnahmen infolge Fehlens einer beschlussfähigen GV eine Schädigung vormundschaftlich relevanter Interessen<sup>21</sup> mit sich brächte, fehlt m.E. der AG die nötige Verwaltung. Unerheblich bleibt, ob die geschilderten a.o. Verhältnisse vorliegen oder normale. Das Faktum der Immobilität<sup>22</sup> genügt. Verfehlt scheint mir auch, von einem Verschulden der Aktionäre zu sprechen. Und selbst wenn dem so wäre – wie noch zu zeigen ist<sup>23</sup> –, hat die Frage eines Verschuldens an sich keinen Einfluss auf den Eintritt eines Verbeiständungsfalles.

Schliesslich bedeutet auch die angebliche Überforderung der Vormundschaftsbehörde kein Argument, solange sich ihre Pflicht zum Eingreifen aus dem Gesetz ergibt. Unter dem Titel der Verantwortlichkeit<sup>24</sup> wird sich erweisen, dass die vormundschaftlichen Organe nicht verantwortlich gemacht werden dürfen, wo sie es nicht sein können. Geht ihnen aber die Fachkompetenz ab, so haben sie eben fachmännischen Rat einzuholen.

18 ZVW 1 102 Nr. 29; Egger 393 N 28; zust. von Waldkirch 26, die aber bestreitet, dass es sich hier überhaupt um Vermögensverwaltung handle.

19 Wehrli 142 f.; vgl. dazu § 24. bei Anm. 5 f.

20 Neues zur Ernennung von Beiständen an Vermögen ohne Verwaltung in SAG 18 186 ff., 188 f.

21 Vgl. § 1.

22 Wehrli 144 schlägt vor, bei Beschlussunfähigkeit infolge statutarischer Bestimmung den Statuteninhalt infolge nachträglicher Ereignisse für unmöglich anzusehen, ein m.E. unstatthafes Hineintragen vertragsrechtlicher Überlegungen in den Bereich der Satzungen.

23 Vgl. vor §§ 22–29.

24 § 42. ff.

## § 20. *Verwaltung als erforderliches Organ*

### A. *Verwaltungsrat*

Der Verwaltungsrat ist unbestrittenermassen ein für die Vermögensverwaltung erforderliches Organ, dessen Fehlen den Hauptanwendungsfall für Verbeiständung darstellt<sup>1</sup>. An der nötigen Verwaltung fehlt es auch, wenn untergeordnete Organe wie Direktoren und Prokuristen vorhanden sind<sup>2</sup>, sobald Verwaltungsakte vorgenommen werden müssen, zu deren Ausführung es statutarisch oder von Gesetzes wegen der Mitwirkung des Verwaltungsrats bedarf<sup>3</sup>.

### B. *Ausserordentliche Organe*

So unentbehrlich der Verwaltungsrat während des "normalen Lebens" der AG ist, so unentbehrlich sind die Liquidatoren im Liquidationsstadium. Kann ihr Fehlen Anlass zu einer Verbeiständung geben, so ist dies nie der Fall beim Sachwalter nach OR 725 IV, da seine Ernennung und mithin seine Ersetzung stets nur dem Richter zusteht.

### C. *Statutarische Organe*

Das Fehlen von Direktoren und Prokuristen wird nie einen Beistand erfordern, da nach OR 717 I stets ein Mitglied des Verwaltungsrats zur Vertretung der Gesellschaft befugt sein muss.

### D. *Faktische Organe*

Schliesslich sind auch die faktischen Organe für die Vermögensverwaltung nicht unentbehrlich, sei es wegen OR 717 I oder weil im Falle des verdeckten Verwaltungsrats der Strohmann-Verwaltungsrat den Ansatzpunkt bietet.

1 Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz 139 N 13; Bürgi vor 698 N 7; Patry II 262; Pfander 70.

2 Kaufmann, Beistandschaft 42; vgl. Schroff 28 f., 46; Bachtler 217 f.

3 Vgl. auch Ottomann 25, wonach eine AG noch so lange prozessfähig bleibt, als eine Person ausserhalb des Verwaltungsrats zur Prozessführung berechtigt ist.

### 3. Abschnitt

## Mangel des Organs

Wir befassen uns hinfort hauptsächlich mit dem Fehlen der Verwaltung. Wo nichts Spezielles über Kontrollstelle, die GV und die Liquidatoren gesagt wird, stellt sich entweder eine behandelte Frage gar nicht oder ist deren Lösung sinngemäss auf diese Organe zu übertragen.

### § 21. Allgemeines

ZGB 393 Ingress ist eine Generalklausel<sup>1</sup>; die danach aufgezählten Verbeistandungsgründe sind nur exemplikativ<sup>2</sup>, d.h. nicht abschliessend<sup>3</sup>. Das Gesetz selbst erwähnt weitere Fälle (ZGB 325, 394, 762, 823)<sup>4</sup>. Die Vormundschaftsbehörden dürfen sich daher nicht an Wortlaut<sup>5</sup> und Entstehungsgeschichte von ZGB 393 klammern, sondern haben den Artikel aus seinem Zweckgedanken heraus zu interpretieren und die heutigen Bedürfnisse und die Erscheinungen des Wirtschaftslebens zu berücksichtigen<sup>6</sup>.

Die nötige Vermögensverwaltung fehlt, wenn diejenigen notwendigen Besorgungen, welche vom Standpunkt einer richtigen Verwaltung aus als erforderlich erscheinen<sup>7</sup>, nicht vorgenommen werden<sup>8</sup>. Wesentlich ist hier das Element objektiver Dringlichkeit<sup>9</sup>. Eine solche liegt aber nicht nur bei Gefahr eines Rechtsverlustes vor; es genügt auch, dass bei Säumnis ein Nutzen entgehen<sup>10</sup> oder eine tatsächliche Lage sich verschlechtern könnte, eine Beweislage erschwert oder die Durchsetzung eines Rechts in Frage gestellt würde<sup>11</sup>. Mit allem Nachdruck und entgegen das Gesetz verkennenden Formulierungen muss festgehalten werden, dass das tatsächliche Fehlen einer genügenden Verwaltung in dem hier untersuchten Rahmen für eine Beistandsbestellung ausreicht, unabhängig von einem Verschulden des Eigentümers oder Drittinteressierter und deren an sich gegebenen Möglichkeit, auf das Vermögen

1 Trüb 43.

2 Kaufmann, Beistandschaft 41; ders. 393 N 3; Rittmeyer 56.

3 BGE 51 II 265, 56 III 10 Nr. 3; Curti 393 N 5; Homberger I 33; ZVW 4 139.

4 Egger 393 N 1.

5 von Steiger in SAG 16 81 f.

6 Kaufmann, Beistandschaft 41.

7 Curti 393 N 2.

8 Egger 393 N 3.

9 Trüb 28; Pfander 18; Egger 392 N 44; Kaufmann 392 N 31; vgl. BGE 44 III 40 Nr. 13.

10 Schrott 67.

11 Egger 392 N 21.

einzuwirken<sup>12</sup>. Solche Umstände sind ausschliesslich unter dem Aspekt legitimer Verbeiständungsinteressen<sup>13</sup> zu würdigen.

Grund für die Verbeiständung ist demnach nicht nur die Handlungsunfähigkeit der juristischen Person<sup>14</sup>, sondern auch deren faktisches Nichthandeln. Wenn daher in § 22. die Handlungsunfähigkeit von Organen untersucht wird, so hat deren Bejahung nur die Folge, dass die Organe handeln können und es unter ihrer Verantwortlichkeit auch müssen, nicht aber, dass jeweilige Untätigkeit eine Beistandschaft a priori ausschliesst.

## § 22. Handlungsunfähigkeit der Verwaltungsorgane

Schroff<sup>1</sup> hält Handlungsunfähigkeit erst für gegeben, wenn das Verwaltungsorgan sowohl Vertretungsbefugnis nach aussen als auch Geschäftsführungsbefugnis nach innen verloren hat. Es muss aber immer schon das Fehlen einer der beiden genügen, sobald ein entsprechender Akt notwendig wird.

Dagegen trifft Schroffs Feststellung zu<sup>2</sup>, dass Beschlussunfähigkeit des Verwaltungsorgans so lange nicht zu Handlungsunfähigkeit führt, als ein Verwaltungsmitglied im Rahmen der gesetzlichen und statutarischen Körperschaftsorganisation sowie von Verwaltungsratsbeschlüssen noch zu Geschäftsführung und Vertretung befugt ist.

### A. Zusammensetzung des Verwaltungsorganes

Beschlussunfähigkeit des Verwaltungsorganes tritt von Gesetzes wegen nur ein, wenn das letzte Mitglied wegfällt oder in der Ausübung seiner Funktionen gehindert ist (vgl. OR 708 III)<sup>3</sup>, so dass vorher an sich kein Verbeiständungsgrund besteht<sup>4</sup>.

Anders aber, wenn statutarische Quoren (OR 708 III) nicht mehr erreicht werden<sup>5</sup>. Dazu ist einmal zu bemerken, dass die GV ihre Zuständigkeit zur Verteilung der Befugnisse teilweise oder ganz, und zwar auch in genereller Weise, durch Statuten oder Reglement auf den Verwaltungsrat übertragen kann<sup>6</sup>, und es hängt wiederum von diesen Regelungen ab, ob ein dezimierter Verwaltungsrat sie den neuen Um-

12 ZVW 2 64 Nr. 32; vgl. § 22. A. IX. 3., X., XII., XVII. 2., XIX. 1., § 23.

13 § 29. C. II.

14 So Kaufmann, Beistandschaft 42.

1 29.

2 30.

3 So für Prozessunfähigkeit Ottomann 25 Anm. 33.

4 SJ 91 202 f.

5 Schroff 32 f.

6 Funk 717 N 3 I; Bürgi 717 N 18, 20.

ständen anpassen darf oder eben beschlussunfähig wird. Des weitern gilt allg., dass eine Stellvertretung durch Mitglieder des Verwaltungsrats – vorbehaltlich der erwähnten, an den Verwaltungsrat delegierten Autonomie – oder Dritte ausgeschlossen ist<sup>7</sup>. Auch Kooptation ist unzulässig<sup>8</sup>, denn die Wahl der Verwaltung gehört jedenfalls zu den ausschliesslichen Befugnissen der GV<sup>9</sup>.

Für die Beschlussfähigkeit der GV sei auf OR 703 und § 19. verwiesen.

Im folgenden trete ich auf einige Fälle ein, wo das Vorhandensein einer Verwaltung zweifelhaft erscheint. In Rede steht dabei immer dasjenige Mitglied des Verwaltungsrats, dessen Wegfall Beschlussunfähigkeit herbeiführt.

## I. Bestrittene Wahl

Wenn eine funktionsfähige Verwaltung bestellt ist, welche die AG tatsächlich verwaltet, und der Streit nur darum geht, ob diese Bestellung anfechtbar sei oder nicht, kann nicht gesagt werden, dass bis zum Entscheid des Zivilrichters<sup>10</sup> die Verwaltung überhaupt fehle<sup>11</sup>. Anders aber, wenn die Bestellung des Verwaltungsrats offensichtlich nichtig wäre<sup>12</sup>.

Für Schroff<sup>13</sup> mangelt es auch nach erfolgreicher Anfechtung nicht an einem Verwaltungsorgan, indem er annimmt, dass nur Aktionäre, welche die Bedingungen von OR 699 III und IV erfüllen, anfechten, und dass der Richter darüber hinaus aus prozessökonomischen Gründen den gegenwärtigen Verwaltungsrat anweisen dürfe, eine GV einzuberufen. Die erste Annahme ist willkürlich; die zweite gesetzwidrig: Der sogenannte "gegenwärtige" Verwaltungsrat verliert durch das Urteil ja gerade diese Eigenschaft und damit das Einberufungsrecht. Ein in einer solchen GV gewählter neuer Verwaltungsrat unterläge wiederum der Anfechtung.

7 Schucany 708 N 1; Bürgi 708 N 40 f.

8 SAG 24 71; von Steiger 201; Bürgi 708 N 47; Funk 707 N f VII.

9 SJZ 26 313 Nr. 223; Schucany 698 N 4; Forstmoser/Meier-Hayoz 170 N 16; BGE 71 II 279; Schroff 31 erwähnt die Ausnahme von OR 762.

10 Egger 393 N 26: dieser allein ist zuständig für diese Streitfrage und vorsorgliche Massnahmen.

11 BGE 71 II 218; zust. Schroff 49 f.; Kaufmann, Beistandschaft 42; von Waldkirch 27; gl.M. BGer. in JdT 117 I 379 E 1; vgl. ZVW 23 115 E 4.

12 Extraits des principaux arrêts du tribunal cantonal de Fribourg en 1964, S. 25 ff.; gl.M. für Prozessunfähigkeit Ottomann 26.

13 50.

## II. Der Verwaltungsrat ist nicht Aktionär

Hier müssen erst einmal die Fälle von OR 762 und der Vertreter einer an der AG beteiligten juristischen Person ausgeschieden werden, da diese Verwaltungsräte nicht Aktionäre zu sein brauchen<sup>14</sup>.

Sonst aber hindert ursprünglich fehlende Aktionärs-eigenschaft einen Verwaltungsrat am Handeln<sup>15</sup>. Schroff<sup>16</sup> will keinen Beistand zulassen, wenn die Aktionäre Abtretung von Aktien an den gewählten Verwaltungsrat verweigern. Er beruft sich auf das BGer.<sup>17</sup>, das sich aber zur Beistandschaft gar nicht äussert, was m.E. in casu auch kein qualifiziertes Schweigen bedeutet. Schroffs Ansicht ist Ausfluss der hier abgelehnten Verschuldenstheorie<sup>18</sup>, würde er<sup>19</sup> doch in anderen Fällen, wo es unmöglich ist, den Verwaltungsrat zum Aktionär zu machen, durchaus eine Beistandschaft sehen<sup>20</sup>.

## III. Mangelnder Eintrag des Verwaltungsrats im Handelsregister

Die Eintragung ins Handelsregister nach OR 641 Ziff. 8 und HRV 40 ist nicht konstitutiv für die Rechtsgültigkeit der Bestellung eines Verwaltungsrats<sup>21</sup>, sondern bloss deklaratorisch. Deshalb ist auch der nicht eingetragene Verwaltungsrat o. Verwaltungsrat und als solcher auch Dritten gegenüber legitimiert<sup>22</sup>, so dass kein Anlass zum Einschreiten der Vormundschaftsbehörde besteht<sup>23</sup>.

## IV. Mehrheit von Ausländern im Verwaltungsrat

Erfüllt eine AG die Nationalitätsvorschriften von OR 711 I–III nicht, so treffen sie prinzipiell die Folgen von OR 711 IV/HRV 86/SchlT 14<sup>24</sup>. Schroff<sup>25</sup> bemerkt zu Recht, dass das Gesetz grundsätzlich die Organqualität des Verwaltungsrats anerkenne, wenn er nach HRV 86 II als Liquidationsorgan zu bezeichnen sei<sup>26</sup>. Der

14 von Steiger 221 mit Verweisen.

15 BGer. in ZBGR 24 44 E 5; a.M. ZVW 3 76 Nr. 16.

16 51.

17 BGE 67 II 29 Nr. 10, ausführlicher in ZBGR 24 40 ff.

18 Vgl. § 21.

19 51.

20 Vgl. Patry II 263.

21 Vgl. ZR 60 381 Nr. 147 E 3.

22 von Steiger 224 und ders.: Verwaltungsräte, die nicht im Handelsregister eingetragen sind, in: SAG 15 49 ff., 51.

23 Schroff 51; zust. BGer. in JdT 117 I 380 E 2.

24 Wehrli 140; vgl. SJZ 48 289 Nr. 109.

25 52.

26 A.M. von Waldkirch 25 Anm. 1.

AG fehle zwar eine gesetzmässige, nicht aber eine funktionsfähige Verwaltung. Nun zieht er aber daraus den Schluss, dass eine Beistandschaft überhaupt nicht in Frage komme. Demgegenüber wird richtig gesagt, aus der Tatsache allein, dass die Verwaltung OR 711 nicht mehr entspreche, dürfe nicht gefolgert werden, dass der Tatbestand von ZGB 393 vorliege<sup>27</sup>; mit anderen Worten: Eine Verbeiständung ist möglich, wenn die AG handlungsunfähig wird. Es scheint denn auch im Krieg oft Beistandschaften gegeben zu haben, wenn es für Aktiengesellschaften unmöglich war, den gesetzmässigen Zustand wiederherzustellen<sup>28</sup>.

Als eine Ausnahme muss die AG hier aber wirklich handlungsunfähig und nicht bloss handlungsunwillig sein, weil das Gesetz die Zerstörung der AG im letzteren Falle bewusst in Kauf nimmt.

Wehrli<sup>29</sup> beschwört das Verschuldenskriterium, indem er sagt, die Vormundschaftsbehörde habe dann nicht einzugreifen, wenn die Nationalitätsvorschriften von Anfang an missachtet wurden, weil die Aktionäre daran selbst schuld seien. Ich lehne auch hier solche Verschuldensbetrachtung ab.

## V. Unfähigkeit des Verwaltungsrates

Eine Beistandschaft bei einer AG soll angeordnet werden, wenn Gefahr bestünde, dass die Verwaltung durch jemanden besorgt würde, der dafür nicht ernstlich in Betracht käme oder ausserstande wäre, in der für die Verwaltung nötigen Weise auf das Vermögen einzuwirken<sup>30</sup>, so dass diesem die Verwaltung tatsächlich fehlen würde<sup>31</sup>.

Schroff<sup>32</sup> nennt diese Formulierungen des BGer. ein obiter dictum; nach ihm ist eine Beistandschaft erst anzuordnen, wenn alle Möglichkeiten des Handelsrechts zur Überwindung der Funktionsstörung (insbes. OR 699 III, IV) erfolglos angewendet wurden. GV und Aktionäre seien selbst verantwortlich für die Tauglichkeit der Verwaltung, und selbst deren pflichtwidriges Nichthandeln bedeute nicht Verlust der Handlungsfähigkeit.

Allerdings ist die Handlungsfähigkeit nicht verloren, aber es besteht die Gefahr des Nichthandelns oder offenbar unvernünftigen oder unzulänglichen Handelns, so dass eben die Verwaltung tatsächlich fehlt<sup>33</sup>. Wiederum kann so lange nichts

27 SJ 84 217.

28 Harry Zimmermann: Vorschriften über Nationalität und Wohnsitz der Mitglieder der Verwaltung, in: SAG 17 57 ff., 58 f.

29 140; vgl. dagegen § 24. bei Anm. 5 f.

30 BGE 78 II 374 E 3c; BGer. in JdT 117 I 379 E 1; zust. Guhl/Merz/Kummer 661; Bürgi vor 698 N 44; vgl. Trüb 40; Kaufmann 392 N 10.

31 BGE 71 II 218; zust. Egger 393 N 26; a.M. offensichtlich ZVW 3 76 Nr. 16.

32 52 f.; gl.M. Egger 393 N 29.

33 Vgl. Pfander 20 f., 28 f.; SJZ 27 312 Nr. 237; Egger 392 N 19 und 44; BGE 58 II 16; Trüb 30; ZGB 393 Ziff. 2.

darauf ankommen, dass die GV den Missstand an sich beheben könnte, als sie nicht geneigt ist, es zu tun.

## VI. Verlust der Aktionäreigenschaft des Verwaltungsrates

Mit dem Verlust der Aktionäreigenschaft hört prinzipiell auch die Eigenschaft als Verwaltungsrat auf<sup>34</sup>, obwohl diesbezüglich eine gesetzliche Regelung fehlt<sup>35</sup>. Die Handelsregisterbehörden lehnen es aber ab, in Anwendung von HRV 60 einzutragen, der Nichtaktionär sei nicht mehr Verwaltungsrat, da die Gerichte für diese Frage zuständig seien<sup>36</sup>. So bleibt nach h.M. ein Verwaltungsrat als Nichtaktionär noch so lange in der Verwaltung, bis er nach OR 705 abberufen<sup>37</sup> oder seine Amtszeit abgelaufen ist<sup>38</sup>.

Auf alle Fälle sind im Aussenverhältnis die Handlungen eines gewählten und im Handelsregister eingetragenen Nichtaktionärs voll wirksam und für die Gesellschaft verbindlich<sup>39</sup>. Würde aber durch richterliches Urteil der Verwaltungsrat im Handelsregister gelöscht, wäre der Beistandschaftsfall eingetreten.

## VII. Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte

Dies ist weder ein Grund, nicht Aktionär oder Verwaltungsrat werden zu dürfen<sup>40</sup>, noch bringt deren Eintritt während der Amtszeit das Verwaltungsratsmandat zum Erlöschen.

Dasselbe gilt bei Eintragung ins Strafregister und Verüben einer Straftat während der Amtsdauer.

34 von Steiger 221.

35 Bürgi 707 N 4; Schrott 54; OR 707 bezieht sich nicht auf diesen Fall.

36 Eidgenössisches Amt für das Handelsregister in VEB 16 134 f. = SAG 15 162 f.; von Steiger 222; Funk 707 N 2 II.

37 Schrott 54; vgl. Funk 707 N 2 III.

38 Bürgi 707 N 4 fügt bei, dass er ersetzt sei, doch kann der Ablauf der Amtszeit nicht davon abhängen, ob ein Nachfolger gefunden werde; vgl. auch SAG 15 162 f.

39 Bürgi 707 N 4; Funk 707 N 2 III.

40 von Steiger 222: auch Vorbestraftheit nicht; ders.: Können Personen in das Handelsregister eingetragen werden, die nicht im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte stehen?, in: SAG 21 224 ff.

## VIII. Konkurs des Verwaltungsrates

Das Bestehen eines Verlustscheines bildet keinen Grund, nicht Aktionär oder Verwaltungsrat werden zu können<sup>41</sup>.

Bricht der Konkurs über einen Verwaltungsrat im Amt aus, verliert er nach Schroff<sup>42</sup> seine Aktionärqualität, da nach SchKG 197 f. alle Aktien, also auch Pflichtaktien<sup>43</sup>, in die Konkursmasse einbezogen und nötigenfalls verwertet werden. Nun bleibt aber doch der Kridar bis zur Verwertung Eigentümer der Konkursmasse und deshalb auch Aktionär. Zudem spielt u.U. das Unpfändbarkeitsprivileg von SchKG 92 Ziff. 3. Verlöre der Verwaltungsrat aber tatsächlich die Aktionäreigenschaft, so gälte das vorstehend VI. Gesagte<sup>44</sup>.

Unbehelflich wäre die Hinterlegung von Pflichtaktien durch Dritte (OR 709 II), um Verlust der Aktionäreigenschaft zu verhindern<sup>45</sup>, da der Verwaltungsrat auf alle Fälle Aktionär sein muss<sup>46</sup>.

## IX. Demission des Verwaltungsrates

### 1. Auflösbarkeit des Mandates von seiten des Verwaltungsrates

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung kann ein Verwaltungsrat jederzeit<sup>47</sup> aus irgendwelchen Gründen und ohne Begründung demissionieren<sup>48</sup> durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Auch der zur Unzeit erfolgte Rücktritt ist sofort wirksam<sup>49</sup>, gibt aber der Gesellschaft (wie auch bei Grundlosigkeit) Anspruch auf Schadenersatz<sup>50</sup>. Die Wirkung der Demission tritt ex nunc ein mit Kenntnisnahme durch die Verwaltung; Zustimmung von GV<sup>51</sup> oder Verwaltungsrat ist nicht nötig<sup>52</sup>. Zur Eintragung der Demission eines Verwaltungsrats ins Handelsregister genügt die blossе Anmeldung durch das Büro des Verwaltungsrats<sup>53</sup>.

41 von Steiger 222; SAG 6 193; Schroff 54.

42 54.

43 Weniger absolut SAG 6 193.

44 Schroff 54.

45 So Schroff 54; SAG 6 193 f.

46 Funk 709 f. N 2; Schucany 709 N 3; Bürgi 709 f. N 5.

47 Bachtler 222; Braun 59.

48 Bürgi 708 N 19.

49 A.M. SAG 22 188.

50 von Steiger 226 und ders.: Der Verwaltungsrat und sein Präsident. Aufgaben und Befugnisse, in: SAG 12 49 ff., 51; Guhl/Merz/Kummer 672 f.; Alain Hirsch in SAG 41 122.

51 So noch BGE 48 II 403 E 4a und ZBGR 20 212.

52 Pr 68 318 f. mit Zit.; Schaub 116 f.; Bürgi 705 N 8; Funk 705 N 1 III; Schucany 705 N 2 II.

53 Eidgenössisches Amt für das Handelsregister in SAG 2 139 f.; Schroff 55 f.

## 2. Einschränkung im Falle der Demission aller oder des einzigen Verwaltungsrates

### a) *Modell Bachtler*<sup>54</sup>

Weil es sich lediglich um den Empfang einer Willenserklärung handelt, braucht die Demission sämtlicher oder des einzigen Verwaltungsrats nicht der GV als solcher, sondern bloss allen Aktionären mitgeteilt zu werden<sup>55</sup>. Ist dies geschehen, ist sofortige Verbeiständung der AG erforderlich<sup>56</sup>.

Bleibt diese Mitteilung unmöglich, muss der Verwaltungsrat sein Mandat weiter ausüben. Eine Beistandschaft für Entgegennahme der Rücktrittserklärung ist unmöglich, denn solange der Rücktritt keine Wirkung entfaltet, ermangelt die AG der erforderlichen Organe nicht.

Kritik: Wenn man schon an einer Mitteilung an sämtliche Aktionäre festhalten will, warum soll dann nicht im Falle der Unzustellbarkeit eine Publikation genügen (Schweizerisches Handelsamtsblatt, Zeitungen, Gesellschaftsorgan)<sup>57</sup>?

### b) *Modell Vormundschaftsbehörde Stadt Schaffhausen*<sup>58</sup>

Der einzige Verwaltungsrat kann seine Demission nur der GV und nicht sich selbst gegenüber abgeben<sup>59</sup>. Ein Beistand ist nicht zu bestellen, wenn der zurücktretende Verwaltungsrat vergeblich versucht hat, eine a.o. GV zur Vornahme einer Neuwahl einzuberufen.

Die Vormundschaftsbehörde der Stadt Zürich kommt zum gleichen Ergebnis, wenn sie es als unangänglich bezeichnet, dass das verantwortliche Organ in ungünstiger Lage seinen Posten verlasse, um die Geschäftsleitung einer Drittperson und der Vormundschaftsbehörde zu übergeben. Dies sei nicht der Sinn von ZGB 393. Ein solches Beispiel würde namentlich in Krisenzeiten Schule machen, die Vormundschaft bräuchte bald eine "Treuhandaabteilung" und insbes. wäre die finanzielle Belastung der Gemeinwesen gross.

Kritik: Der Verwaltungsrat wird keine Mühe haben, eine a.o. GV mit sich alleine abzuhalten, welcher er die Demission erklären kann. Deren Wirksamkeit kann aber

54 221 f.

55 Gl.M. Ottomann 24.

56 Gl.M. Pfander 70.

57 Vgl. nachstehend d).

58 Zit. von F. von Steiger: Wann ist einer AG ein Beistand zu bestellen?, in: SAG 5 127 ff.

59 Gl.M. Egger 393 N 27; Schöff 55 f.; Funk 705 N 1 III; nach Schaub 117 h.M.; Bürgi 705 N 12 vermisst zu Recht eine überzeugende Begründung derselben; Alain Hirsch: L'organe de contrôle dans la société anonyme, Diss. Genève 1965, S. 72 ff. N 63 ff. spricht von einem Interesse der GV, von der Demission zu erfahren und die nötigen Schritte zu unternehmen wie Neuwahlen des Verwaltungsrats, das dem Interesse des Verwaltungsrats vorgehe, die Demission dem Verwaltungsrat erklären zu können.

nicht von der Neuwahl eines Verwaltungsrats abhängen<sup>60</sup>. Kommt eine solche nicht zustande, fehlt eben die Verwaltung und es braucht einen Beistand. Die Vormundschaftsbehörde Zürich argumentiert gerade so, als könnte sich der Verwaltungsrat durch Demission seiner Verantwortlichkeit entziehen. Sie macht nun wirklich den Verwaltungsrat zum Gefangenen der AG.

### c) *Modell Schroff*<sup>61</sup>

Bestehen statutarische Quoren für die Beschlussfähigkeit des Verwaltungsrats, dürfen nur so lange einzelne Mitglieder demissionieren, als die Mindestzahl noch gewahrt bleibt, weil anders der Verwaltungsrat handlungsunfähig würde und z.B. keine GV für die Ergänzung der Organe mehr einzuberufen (vorbehältlich einer abweichenden Regelung in dieser Frage) oder die Löschung des zurückgetretenen Verwaltungsrats im Handelsregister zu beantragen vermöchte<sup>62</sup>. Unter diesen Umständen kann nur vor der GV demissioniert werden, welche dann die Pflicht hat, sofort einen neuen Verwaltungsrat zu bestellen. Eine Beistandschaft ist demnach undenkbar.

Kritik: Das jederzeitige Demissionsrecht des Verwaltungsrats darf nicht davon abhängen, ob es Handlungsunfähigkeit des Verwaltungsrats zur Folge hat. Diese Gefahr besteht eben immer, und ihr abzuweichen bezweckt gerade ZGB 393. Eine andere Frage ist die der Verantwortlichkeit eines solchen Verwaltungsrats. Und schliesslich ist es auch nicht weit her mit der "Pflicht" der GV zur Neubestellung einer Verwaltung.

### d) *Modell Schaub*<sup>63</sup>

Das (abzulehnende) Postulat, Gesamt- oder Demission des einzigen Verwaltungsrats könne nur gegenüber der GV abgegeben werden, würde das jederzeitige Demissionsrecht illusorisch machen, weil nicht mit absoluter Sicherheit jederzeit eine GV einberufen werden kann. Auch Mitteilungen des Rücktrittes an alle Aktionäre ist nicht möglich im Falle unbekannter Inhaberaktionäre. Allerdings muss die Demission den Aktionären zur Kenntnis gebracht werden. Das geschieht, indem der Ver-

60 Egger 393 N 27 spricht von einer korporationsrechtlichen Bindung des Verwaltungsrats als Aktionär (OR 707), die ihn bis zur Neubestellung einer Verwaltung zur Geschäftsführung verpflichte. Eine solche Verpflichtung nehmen auch Schroff 57, SAG 22 188 und anscheinend Kaufmann, Beistandschaft 44 an, doch existiert sie schlechterdings nicht.

61 56 f.

62 Vgl. Kritik daran nachstehend d).

63 117 ff.

waltungsrat sich selbst die Demission erklärt. Nach OR 937 und HRV 38 ist er unter der Androhung von OR 942 verpflichtet, sich im Handelsregister löschen zu lassen, wodurch nach OR 933 diese Tatsache als jedem Aktionär bekannt fingiert wird. Diese mögen nun versuchen, eine GV einzuberufen, was übrigens schon der Verwaltungsrat hätte tun müssen. Der von Hirsch<sup>64</sup> erwähnte Interessenkonflikt zwischen Verwaltungsrat und GV/AG besteht demnach gar nicht.

Kritik: Ich sehe nicht, was einer jederzeitigen Einberufung einer GV entgegenstehen sollte. Allerdings ist der aufgezeichnete Weg gangbar und praktisch. Nun hat aber das BGer. entschieden<sup>65</sup>, dass der zurückgetretene Verwaltungsrat das Löschungsgesuch nicht mehr nach OR 720/HRV 22 II, 33 dem Handelsregister mitteilen könne, da der Verwaltungsrat bereits das Vertretungsrecht nach OR 717 ff. verloren habe. Die Pflicht, die Eintragung vorzunehmen, obliege einem zu diesem Zweck nach ZGB 393 Ziff. 4 ernannten Beistand. Kummer<sup>66</sup> hält dem zu Recht entgegen, dass der Verwaltungsrat im Aussenverhältnis vertretungsberechtigt bleibt, bis er im Handelsregister gelöscht ist. Demnach hat der Handelsregisterführer die Erklärung entgegenzunehmen.

#### e) *Modell von Waldkirch*<sup>67</sup>

Es ist kein Beistand zu bestellen, wenn die bisherigen Organe zurückgetreten sind, ohne dass ihnen Decharge erteilt worden wäre. Hier sind Organe noch vorhanden.

Kritik: Dieser Standpunkt ist wohl verfehlt, indem die Decharge mit der Handlungsfähigkeit des Verwaltungsrats nichts zu tun hat.

### 3. Verbeiständung<sup>68</sup>

Die Verwaltung kann mithin auf die eine oder andere Weise wegfallen<sup>69</sup>. Nach Wehrli<sup>70</sup> hat die AG, wenn sich kein neuer Verwaltungsrat findet, obschon eine Wahl möglich wäre, in Liquidation zu treten, nicht anders, als wenn sonst die massgebenden Kreise das Interesse an der Gesellschaft aus irgendwelchen Gründen verlieren. Wiederum sei daran erinnert, dass man sich allein an das Faktum der fehlenden Verwaltung zu halten hat<sup>71</sup>. Was heisst schon, eine Wahl wäre "an sich mög-

64 Zit. Anm. 69.

65 Pr 68 319 E 2b.

66 In ZBJV 116 48.

67 27.

68 Vgl. Patry II 263.

69 Und die AG prozessfähig werden: Ottomann 24.

70 144.

71 Gl.M. Ottomann 24; vgl. § 21.

lich"? Und eventuell können sich die massgebenden Kreise gerade nicht äussern. Schliesslich fehlte auch bei Eintritt ins Liquidationsstadium ein Liquidator. Warum dann nicht vorerst einen Beistand ernennen und diesem die Abklärung überlassen, wie liquidationswürdig ein Unternehmen ist?

Homburger<sup>72</sup> lässt eine Beistandschaft zu, wenn das Wahlorgan (die GV) nicht einberufen werden kann oder niemand die Wahl zum Verwaltungsrat annimmt. Erneut muss ich Einberufbarkeit als gegen eine Beistandschaft sprechend ablehnen. Bemerkenswert und zutreffend dagegen ist der Verbeiständungsgrund einer fehlenden Wahlannahme.

Den richtigen Weg weist hier ein neueres Urteil<sup>73</sup>. Ein ganzer Verwaltungsrat war zurückgetreten. Die Aktionäre waren bekannt und die Abhaltung einer GV war möglich. Die überschuldete AG stellte ihre Tätigkeit ein. Angesichts der Schwierigkeiten, die AG ins Recht zu fassen, bezeichnete das Obergericht die GV als Organ und den Y, zugleich Vertreter der Aktionärsmehrheit, als Zustellungsbevollmächtigten. Das Bezirksgericht erklärte Zustellungen an Y im Betreibungsverfahren für ungültig und verlangte Verbeiständung der AG. Dies lehnte die Vormundschaftsbehörde ab, weil das Fehlen der Verwaltung nur dem schlechten Willen der Aktionäre zuzuschreiben sei, die natürlich keine Vertretung wollten. Darauf beschwerte sich das Betreibungsamt, das keine Zustellung vornehmen konnte, bei der Aufsichtsbehörde, welche die Vormundschaftsbehörde anwies, der AG einen Beistand nach ZGB 393 Ziff. 4 zu bestellen<sup>74</sup>.

## X. Abberufung des Verwaltungsrates

Wird der Verwaltungsrat in der GV abberufen, so hat sie naturgemäss einen neuen Verwaltungsrat zu wählen<sup>75</sup>. Tut sie dies nach Schroff<sup>76</sup> pflichtwidrig nicht oder kann sie sich nicht auf eine bestimmte Person einigen oder lehnen sämtliche Vorgeslagenen das Amt ab, besteht kein Anlass für eine Beistandschaft, weil sich die AG aus eigener Kraft mit Organen zu versehen vermöchte. Kaufmann<sup>77</sup> und Homburger<sup>78</sup> sehen immerhin im letzten einen Beistandschaftsfall. Auch hier haben wir uns aber an die Tatsache einer fehlenden Verwaltung zu halten<sup>79</sup>.

72 133.

73 ZVW 26 76 ff.

74 Die Redaktion ist nicht einverstanden, weiss aber keine andere Lösung als guten Willen und Phantasie der Gerichte und Betreibungsbehörden.

75 SAG 15 31.

76 57 f.

77 Beistandschaft 42.

78 133.

79 Ottomann 24: dies hat Prozessunfähigkeit zur Folge; vgl. § 21.

## XI. Zeitablauf

Grundsätzlich endet das Amt der Verwaltung mit dem Schluss des letzten Geschäftsjahres<sup>80</sup>. Gleichwohl wird aber die Verwaltung regelmässig ihr Mandat bis zur nächsten GV ausüben. Dies ist unproblematisch, weil der Verwaltungsrat Dritten gegenüber durch den Eintrag im Handelsregister zur Vertretung der Gesellschaft legitimiert bleibt<sup>81</sup>. Erst mit Genehmigung der Bilanz und Erteilung der Decharge erlischt dann das Mandat<sup>82</sup>.

Wird in der GV keine neue Verwaltung gewählt, so liegt die Situation von vorstehend X. vor<sup>83</sup>.

## XII. Abwesenheit des Verwaltungsrates

Wenn der Verwaltungsrat — infolge kriegesischer Ereignisse, Streiks, sonstiger Wirren oder zu grosser räumlicher Entfernung — nicht mehr über die Möglichkeiten und Mittel verfügt, die zu einem gedeihlichen Geschäftsbetrieb erforderliche Verbindung zum Vermögen der juristischen Person aufrechtzuerhalten, wird man von einem Fehlen der Verwaltung sprechen müssen<sup>84</sup>. Für den konkreten Fall sind die Bedürfnisse des korporativen Lebens entscheidend, ob die Vermögensverwaltung die ständige Präsenz des Verwaltungsorgans verlangt, ob eine untergeordnete Verwaltung ausreichend dafür sorgen kann und ob ein Verwaltungsakt dringlich ist<sup>85</sup>.

Egger, Wehrli<sup>86</sup> und v.a. von Waldkirch<sup>87</sup> verlangen zudem (unverschuldete) Unmöglichkeit der Verwaltung, ihren Pflichten nicht mehr nachkommen zu können, von Waldkirch daneben noch unverschuldete Unmöglichkeit der Aktionäre, dem abzuhelpen. Schroff<sup>88</sup> gesellt sich für einmal nicht zu den Verschuldenstheoretikern. Er hält den abwesenden — wie später auch den kranken und einsitzenden<sup>89</sup> — Verwaltungsrat zwar für zumindest theoretisch verpflichtet, eine a.o. GV einzuberufen. Die Aktionäre könnten dann gleich zu Beginn der GV aus ihrer Mitte einen Vor-

80 BGer. in ZBGR 24 43 E 5.

81 SAG 15 29 f.; Bürgi 708 N 18 mit Zit.

82 Funk 708 N 2; Schroff 58; nach Schucany 708 N 2 wird das zumindest in der Praxis so gehandhabt; BGE 86 II 178 E 1c lässt offen, ob dies nicht die bessere Lösung wäre als die grundsätzliche.

83 Gl.M. Ottomann 24; für Verbeiständung Kaufmann, Beistandschaft 42; dagegen Schroff 58 f.

84 Egger 393 N 25; Wehrli 138 ff.; von Waldkirch 26 f.; vgl. Trüb 30; ZGB 392 Ziff. 1/3, 393 Ziff. 1; § 23.

85 Schroff 59 f.

86 L.c.; vgl. Pfänder 19.

87 28.

88 59.

89 Vgl. nachstehend XIII. f.

sitzenden ad hoc bestimmen<sup>90</sup>. Käme der Verwaltungsrat dieser Pflicht aber nicht nach, fehlte faktisch die Verwaltung und es wäre ein Beistand zu bestellen.

Einen aufschlussreichen Fall zitiert das BGer.<sup>91</sup>: Über den einzigen, flüchtigen Verwaltungsrat einer AG brach der Konkurs aus. Auf Antrag der Konkursverwaltung wurde der AG ein Beistand ernannt. Dieser berief eine a.o. GV ein, die den Verwaltungsrat und die Kontrollstelle neu bestellte. Hier wird endlich einmal vom verwaltungslosen Vermögen ausgegangen, obwohl ein Verwaltungsrat noch irgendwo vorhanden und zudem "schuldig" ist.

### XIII. Krankheit des Verwaltungsrates

Ist die Krankheit derart, dass der Verwaltungsrat seinen Pflichten der AG gegenüber nicht mehr nachzukommen vermag, muss der Gesellschaft ein Beistand ernannt werden<sup>92</sup>. Schroff<sup>93</sup> verlangt zusätzlich Unfähigkeit des Verwaltungsrats, eine a.o. GV einzuberufen, doch kann der Fall nicht anders liegen als vorstehend bei Abwesenheit des Verwaltungsrats.

### XIV. Freiheitsstrafe des Verwaltungsrates

Über den Fall von ZGB 371 wird nachstehend XV. 3. gehandelt.

Es dürfte nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen sein, ob Länge der Freiheitsstrafe und Verwaltungserfordernisse der AG eine Verbeiständung nötig machen<sup>94</sup>.

90 E. Neidhardt: Der Vorsitzende in der GV der AG, in: SAG 4 121 ff., 121 f.; vgl. Bürgi 702 N 16 ff. und 698 N 19 ff.

91 BGE 50 II 171 f.

92 Vgl. Kaufmann, Beistandschaft 42 f.; Trüb 30; Pfander 18; ZGB 392 Ziff. 1.

93 61.

94 Vgl. Schroff 61 f.; G. Spitzer: Zur Anwendung von ZGB 371, in: SJZ 42 7 ff.; Trüb 30; ZGB 392 Ziff. 1; hier wie unter XII. und XIII. verlangt Ottomann 25 für Prozessunfähigkeit unverschuldete Verhinderung des Verwaltungsrats und Unmöglichkeit, einen Vertreter zu bestellen.

## XV. Bevormundung des Verwaltungsrates

### 1. Auswirkung auf Handlungsfähigkeit

Handlungsunfähigkeit ist die unmittelbare Folge der Entmündigung<sup>95</sup>. Da das Mandat des Verwaltungsrats seiner Natur nach an die Person des damit von der GV Betrauten gebunden ist<sup>96</sup>, erscheint eine Stellvertretung des Verwaltungsrats durch den Vormund (ZGB 367 I und 407) als ausgeschlossen<sup>97</sup>.

### 2. Zu wählender Verwaltungsrat muss lediglich urteilsfähig sein

Nach herrschender Auffassung sind urteilsfähige Bevormundete als Verwaltungsräte wählbar<sup>98</sup>; volle Handlungsfähigkeit ist nicht erforderlich<sup>99</sup>. Der Verwaltungsrat handelt nicht in eigenem Namen und verpflichtet abgesehen von unerlaubten Handlungen – hier gilt Haftung nach ZGB 19 III – nur die Gesellschaft, nicht sich selbst<sup>100</sup>.

Gegenüber dieser in der Schweiz h.M. verlangen verschiedene deutsche Autoren volle Handlungsfähigkeit<sup>101</sup>.

Indem das Amt nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten mit sich bringt, wird man jedoch zumindest annehmen müssen, dass ein urteilsfähiger Bevormundeter für die Annahme des Mandates als Verwaltungsrat der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters<sup>102</sup> und gegebenenfalls der Vormundschaftsbehörde bedarf<sup>103</sup>. Diese Zustimmung ist Gültigkeitserfordernis<sup>104</sup>. Fehlen Urteilsfähigkeit<sup>105</sup> oder Zustimmung, so ist die AG ohne Verwaltung.

95 Egger 396 N 19.

96 BGE 71 II 279.

97 Schroff 62.

98 Funk 707 N 1 II.

99 Schucany 707 N 3, der dies merkwürdig findet; Forstmoser/Meier-Hayoz 168 N 4, nach welchen dies mit guten Gründen angefochten wird; BGE 84 II 684 E 3 scheint nach Guhl/Merz/Kummer 667 Handlungsfähigkeit nicht vorauszusetzen.

100 Eidgenössisches Amt für das Handelsregister in SAG 2 139 = VEB 3 65 Nr. 49, welches nur von urteilsfähigen Minderjährigen spricht; Egger 19 N 19; von Tuhr/Peter 391 mit Zit. aus der Sicht des Stellvertretungsrechts.

101 F. von Steiger: Stimmrecht und Wählbarkeit von urteilsfähigen oder bevormundeten Aktionären und Genossenschaftern, in: SAG 15 117 ff., 119 f.; vgl. Bürgi 707 N 14, der die schweizerische Regelung nicht restlos befriedigend und innerlich widerspruchsvoll findet, aber auch ihre wertvollen Dienste würdigt.

102 von Steiger 223 zum Ganzen mit Zit.

103 A.M. Schroff 62 in Verkennung der Tatsache, dass ein Verwaltungsratsmandat möglicherweise finanzielle Verpflichtungen für den Mandatsträger bringt.

104 Bürgi 707 N 14 zum Ganzen mit Zit.; vgl. ZGB 19, 410, 412.

105 Schroff 63; Ottomann 24 für Prozessfähigkeit.

### 3. Verbeiständung der AG

Fällt der einzige Verwaltungsrat während der Amtszeit unter Vormundschaft, so fehlt ihr ein handlungsfähiges Organ und es muss ihr z.B. für Zustellungen nach SchKG 65 ein Beistand gemäss ZGB 393 Ziff. 4 bestellt werden, ansonsten Zahlungsbefehle und Konkursandrohungen unwirksam, nichtig und von Amtes wegen aufzuheben sind<sup>106</sup>.

Schroff<sup>107</sup> hält eine Verbeiständung a priori nur in zwei Fällen für nötig: bei ZGB 371, weil dieser Artikel die Vermutung enthalte, der Gefangene sei unfähig, in seinen Angelegenheiten zum Rechten zu sehen<sup>108</sup>, und bei ZGB 369, weil es hier an der genügenden Urteilskraft mangle. Bei ZGB 370 und 372 sei von Fall zu Fall zu entscheiden. Ich kann mir aber nicht vorstellen, wie solche Personen noch fähig sein sollten, die Angelegenheiten einer AG zu besorgen.

### XVI. Verbeiständung oder Verbeiraturg des Verwaltungsrates

Diese erfolgen, weil der Verwaltungsrat die Verwaltung seines eigenen Vermögens nicht mehr besorgen kann. Damit wird er auch nicht in der Lage sein, ein fremdes Vermögen zu verwalten. Deshalb ist hier für die AG immer eine Beistandschaft anzuordnen<sup>109</sup>.

### XVII. Tod des Verwaltungsrates

#### 1. Allgemeines

Ist der einzige Verwaltungsrat gestorben, mangeln die erforderlichen Organe, denn die Kontrollstelle ist zur Verwaltung nicht berechtigt<sup>110</sup>. Die Befugnisse des Verwaltungsrats gehen bei seinem Tod unter und niemals auf die Erben über<sup>111</sup>, so dass z.B. Zustellung von Betreuungsurkunden nach SchKG 65 verunmöglicht wird. Einen Ausweg bietet ZGB 393 Ziff. 4<sup>112</sup>.

106 BLSchK 32 20.

107 63.

108 Egger 371 N 10.

109 Schroff 64; um so weniger leuchtet ein, dass er (S. 63) u.U. einen Entmündigten für fähig hält, Verwaltungsrat einer AG zu sein.

110 BGE 69 II 20 f.

111 ZVW 9 153.

112 BGE 56 III 9 f., der unverständlicherweise von analoger Anwendung spricht; Guhl/Merz/Kummer 660 f.; Schroff 64; Pfander 70; Homberger 133; Wehrli 145 und SAG 20 154 halten es für ungerechtfertigt, eine solche AG in Liquidation treten zu lassen; vgl. auch BGE 69 III 2 ff.

Egger<sup>113</sup> und Kaufmann<sup>114</sup> verlangen noch Unmöglichkeit, die GV innerhalb nützlicher Frist zur Neuwahl einzuberufen<sup>115</sup>, eine erneute Beschwörung des abzulehnenden Verschuldensprinzips.

## 2. Verstorbener Verwaltungsrat als Alleinaktionär

Die Erben wollen Einmischung in die Angelegenheiten der Erbschaft (ZGB 571 II) vermeiden. Weigern sie sich deshalb, einen neuen Verwaltungsrat zu wählen (was man immerhin als bloss konservierende Handlung betrachten könnte), und ist eine Bewilligung zur Fortführung des Geschäftes nach ZGB 585 mangels geeigneter oder wegen verfeindeter Erben unmöglich, so muss ein Beistand bestellt werden<sup>116</sup>. Dies gilt noch viel mehr, wenn der Aktienbesitz des Verwaltungsrats fraglich ist. ZGB 585 würde Sicherheit in dieser Frage voraussetzen. Eine Einberufung der GV durch die Kontrollstelle (OR 699) hülfe nicht weiter, solange die Aktionäre nicht feststehen<sup>117</sup>.

Nach Bachtler<sup>118</sup> muss aber nach Antritt der Erbschaft die Beistandschaft aufgehoben werden, auch wenn die Erben weiterhin keinen Verwaltungsrat wählen. Da sie die AG tatsächlich beherrschten, sei ihr Verhalten der AG zuzurechnen. Die Erben handelten wider Treu und Glauben und es sei OR 156 analog anwendbar. Wieder ein Beispiel aus der Verschuldenstheorie.

Bürgi<sup>119</sup> erwähnt den Fall einer Familien-AG, wo der Ehegatte alle Aktien zur Nutzniessung und damit das Stimmrecht (OR 690 II) erhält. Die Kinder sind Eigentümer und Träger der Mitgliedschaft. Der Nutzniesser ist nicht Aktionär und kann deshalb nicht Verwaltungsrat werden (OR 707 II). Weigert er sich, einen Eigentümer in die Verwaltung zu wählen (oder wollen die Kinder ihm keine Aktie abtreten), muss ein Beistand bestellt werden.

## XVIII. Nichtanerkennung einer Verwaltung

Dem Verlust des Verwaltungsorganes einer ausländischen juristischen Person mit Vermögen in der Schweiz ist der Fall gleichzustellen, wo das Organ derselben aus Gründen des *ordre public* nicht anerkannt wird<sup>120</sup>. So konnte eine russische AG

113 393 N 25.

114 Beistandschaft 42.

115 A.M. für Prozessunfähigkeit Ottomann 24.

116 Bachtler 220 f.

117 ZVW 9 153 f., vgl. 6 30.

118 221.

119 707 N 7.

120 Schroff 12.

mit Bankguthaben in der Schweiz ihre Gläubigeransprüche nicht geltend machen, da sie nach russischem Recht nicht mehr existierte und deshalb auch in der Schweiz nicht länger anerkannt wurde. Andererseits erachtete das Schweizer Recht die Aneignung des Aktivvermögens der russischen Banken durch den Staat ohne Rücksicht auf die Passiven als der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit widersprechend, weshalb er nicht als Rechtsnachfolger auftreten durfte<sup>121</sup>. Davon aber, dass die Schweizer Bank, der Schuldner, das Guthaben verwaltete, konnte keine Rede sein<sup>122</sup>.

## XIX. Besonderheiten bei Liquidation

Während nach Wehrli<sup>123</sup> einer AG ein Beistand zu bestellen ist, wenn nach Eintritt der Liquidation niemand für das Vermögen der AG sorgt<sup>124</sup>, hält dies Egger<sup>125</sup> für kaum möglich, da die Aktionäre es nach OR 740 f. in der Hand hätten, für Liquidatoren zu sorgen.

Abgesehen davon, dass hier wiederum fälschlicherweise auf die Möglichkeit der Aktionäre, Liquidatoren zu wählen, abgestellt wird, lautet die entscheidende Frage, ob und inwieweit das Eingriffsrecht des Richters in OR 741 eine Beistandschaft unnötig macht<sup>126</sup>.

### 1. OR 741 I

Wichtige Gründe i.S. des Artikels sind Interessenkollision und Verhinderung des Liquidators, in zweckdienlicher Weise auf das Vermögen der juristischen Person einzuwirken<sup>127</sup>, d.h. allg. die Fälle, wo nur noch formell ein genügendes Liquidationsorgan besteht<sup>128</sup>. Wegen der Subsidiarität der Beistandschaft hat sich der Aktionär aber an den Richter und nicht an die Vormundschaftsbehörde zu wenden. Anders dagegen der Gläubiger<sup>129</sup> und andere interessierte Nichtaktionäre, denen kein Antragsrecht zukommt.

121 BGE 50 II 511 ff., 513.

122 BGE 51 II 264; zust. Pfander 49.

123 144.

124 Ein solcher Fall scheint in Amtsblatt des Kantons Aargau 1979 S. 375 Nr. 11 vorzuliegen; auch nach Pfander 86 ist eine solche Beistandschaft denkbar.

125 393 N 29; zust. Arthur Meier-Hayoz: Die richterliche Ernennung von Liquidatoren bei der AG (Art. 741 OR), in: SJZ 46 213 ff., 216 Anm. 10.

126 Schroff 69.

127 Schroff 69.

128 Nach SJZ 48 290 z.B. ein unfähiger Liquidator.

129 Schroff 69.

Ist aber der einzige Liquidator gestorben, so sind die Voraussetzungen von ZGB 393 Ziff. 4 unter den gleichen Bedingungen erfüllt wie bei der o. Verwaltung, denn OR 741 I überträgt dem Richter die Ernennung von Liquidatoren nicht auch im Falle des Fehlens von solchen<sup>130</sup>. Der Beistand hat alsdann so lange zu amten, als die AG von ihren korporativen Mitteln, sich ein Liquidationsorgan zu verschaffen, keinen Gebrauch macht<sup>131</sup>.

## 2. OR 741 II

Der Richter kann nicht aufgrund ausdehnender Auslegung von OR 741 II den Liquidator auch dann ernennen, wenn es der Gesellschaft an jeglichem Liquidationsorgan mangelt<sup>132</sup>. Fehlt daher auch noch ein ausländischer Liquidator, ist nicht mehr der Richter, sondern die Vormundschaftsbehörde zuständig<sup>133</sup>. Im übrigen kommt nach Schrott<sup>134</sup> eine Beistandschaft unter den Umständen von OR 741 II nicht in Frage, da einerseits zwar kein gesetzmässiges, wohl aber ein handlungsfähiges Organ existiere, anderseits Aktionäre und Gläubiger gehalten seien, den Richter anzurufen. Ist das Organ aber nicht mehr handlungsfähig oder -willig, so bleibt sonstigen legitimierten Drittinteressenten mangels Antragsrechts nichts anderes übrig, als die Vormundschaftsbehörde um Schutz anzurufen.

## 3. Sonderfälle

Wird eine im Handelsregister gelöschte AG wieder eingetragen, treten die Liquidatoren an sich wieder in ihr Amt ein<sup>135</sup>. Sie mögen jedoch nicht bereit sein, weiterhin tätig zu werden<sup>136</sup> oder es kann an ihnen generell mangeln wie in den folgenden Fällen.

Eine wegen Untätigkeit und Rücktritts des einzigen Verwaltungsrats gelöschte AG (HRV 89) wurde auf Antrag einer Person, die Gläubiger der AG zu sein behauptete, wieder eingetragen mit dem Zusatz "in Liquidation". Aus den vorstehend 1. und 2. erwähnten Gründen konnte der Richter der AG keinen Liquidator ver-

130 Bürgi 740 N 18 f., 741 N 20; Schrott 69; a.M. Werner von Steiger: Kommentar zum Schweizerischen ZGB, V. Band: OR, 5. Teil c (Art. 772–827): Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 1965, 823 N 17; Meier-Hayoz l.c. 216.

131 SJZ 48 290; Guhl/Merz/Kummer 684 erwähnen die inaktive GV; beachte das sonst seltene Abstellen auf Fakten.

132 A.M. von Waldkirch 60.

133 SJZ 48 290 f.; Bürgi 741 N 20.

134 70.

135 Bürgi 746 N 14; von Steiger 346.

136 Ottomann 25: das bedeutet Prozessunfähigkeit.

schaffen, wie es die Vormundschaftsbehörde wollte, sondern hatte letztere einen Beistand zu bestellen<sup>137</sup>.

Durch die Eröffnung des Konkurses wird eine Gesellschaft aufgelöst (OR 736 Ziff. 3). Der Konkurs wird eingestellt, wenn keine Aktiven vorhanden sind (SchKG 230). Kommen später Aktiven zum Vorschein und fehlt ein Liquidationsorgan, ist eine Verbeiständung möglich. Eine Aufgabe des Beistandes kann dann sein, die Wiedereintragung zu verlangen<sup>138</sup>, doch mag diese auch von Amtes wegen erfolgen<sup>139</sup>.

## B. *Interessenkollision*

Ausser für die Anfechtung von GV-Beschlüssen (OR 706 III)<sup>140</sup> und die Decharge der Verwaltung (OR 695) sagt das Gesetz nicht, wie Fälle widerstreitender Interessen zu beurteilen sind.

### I. Einfluss auf Handlungsfähigkeit

#### 1. Stellvertretungsrecht

Selbstkontrahieren ist grundsätzlich unzulässig<sup>141</sup>, es sei denn, es bestehe keine Gefahr der Benachteiligung des Vertretenen durch den Vertreter<sup>142</sup>. Gleiches gilt für die Doppelvertretung<sup>143</sup> und sowohl für rechtsgeschäftliche als auch gesetzliche Vertretung<sup>144</sup>. Diese Regelung findet auch Anwendung, wenn der Vertreter weder selbst handeln noch einen anderen Vertreter bezeichnen kann.

Es ist zulässig, dass der Vertretene dem Vertreter Selbstkontrahieren oder Doppelvertretung ausdrücklich oder stillschweigend<sup>145</sup> gestattet bzw. kann er den

137 SJZ 48 289 ff., abgekürzt wiedergegeben in SAG 25 57 ff.; zust. Schroff 70 f.; Kaufmann, Beistandschaft 43; von Waldkirch 26 f.; Bürgi 740 N 19.

138 Bachtler 223.

139 Eduard His: Kommentar zum Schweizerischen ZGB, OR, Band VII, 4. Abteilung: Handelsregister, Geschäftsfirmer und kaufmännische Buchführung (Art. 927–964), Bern 1940, 938 N 51 und zu OR 941; zur Wiedereintragung vgl. Bürgi 746 N 10 ff.

140 Schroff 34.

141 Portmann, Selbstkontrahieren 84 ff. und 104 f. geht von grundsätzlicher Zulässigkeit aus, erreicht aber annähernd gleiche Resultate; vgl. auch de Saussure 90; Charlotte Thalmessinger: Beiträge zur Lehre von der Vollmacht, Diss. Zürich 1930, S. 18 ff.

142 BGE 50 II 183, 57 II 560, 59 II 112; Egger 54 f. N 15 und ders., Vertretungsmacht 54 ff.

143 Schroff 67; von Steiger 243.

144 Becker 33 N 12; Knapp 150; Gilliard 196; vgl. auch de Saussure 92.

145 Gilliard 195: ausnahmsweise.

Vertrag nachträglich genehmigen<sup>146</sup>. Nach dem Schrifttum kann dies auch bei Benachteiligungsgefahr geschehen<sup>147</sup>, allerdings nur innerhalb der Schranken von OR 19 f. Gläubigerinteressen stehen dem nicht entgegen. Das Anfechtungsrecht der Gläubiger richtet sich ausschliesslich nach SchKG 285 ff., wie wenn der Vertretene selbst gehandelt hätte<sup>148</sup>.

Keine Übervorteilungsgefahr besteht bei Erfüllen von Verbindlichkeiten<sup>149</sup>, bei Handel mit Gütern, welche einen Börsen- oder Marktpreis<sup>150</sup> haben, oder wenn der Vertretene die Verkaufsbedingungen (z.B. Preis) festgesetzt hat<sup>151</sup>, solange es sich um Bargeschäfte handelt<sup>152</sup>.

## 2. Übertragung auf Organe der juristischen Person

### a) Anwendung der Stellvertretungsregeln

Den nämlichen Regeln (1. hievor) ist die Handlungsvollmacht der Organe juristischer Personen zu unterstellen<sup>153</sup>. Es handelt sich hier zwar nicht um ein Stellvertretungsverhältnis<sup>154</sup>, weil die Organe den Willen der Körperschaft unmittelbar ausdrücken, doch besteht derselbe Interessenkonflikt<sup>155</sup>.

So fehlt es der durch den Verwaltungsrat verklagten AG an einem zur Prozessführung berechtigten Organ. Fälle sind etwa Anfechtung von GV-Beschlüssen (hiezuhinten II. 2. a), Klage nach OR 736 Ziff. 4, Klage auf Erteilung der Decharge (vgl. hinten II. 2. a), auf Ausrichtung der geschuldeten Tantieme<sup>156</sup> und aus mit der AG abgeschlossenen Rechtsgeschäften<sup>157</sup>.

146 BGE 39 II 566 ff., 63 II 174 f., 82 II 393, 89 II 326, 93 II 481, 95 II 453 und 621, 99 Ia 9; ZR 27 263 Nr. 133.

147 Egger, Vertretungsmacht 56 mit Zit.

148 Lemp 311 ff. mit Zit.; Portmann, Selbstkontrahieren 101 f.; Keicher 54 f.; Gilliard 172; a.M. Schroff 68.

149 BGE 39 II 566 ff., 63 II 174; ZR 27 263 Nr. 133.

150 Schroff 34.

151 BGE 82 II 393.

152 Keicher 62 f.; Egger, Vertretungsmacht 57 f.

153 Bürgi 718 N 7; Funk 718 N 2 IV; Schucany 718 N 2; Forstmoser/Meier-Hayoz 182 N 42 f.; Schroff 34; ZVW 15 113 Nr. 12.

154 A.M. Egger 54 f. N 2.

155 BGE 63 II 174 f., 93 II 481, 95 II 453 und 621, 99 Ia 9; Wolf 34 ff.; Lemp 322 f.; Gilliard 196; bei Doppelstellung noch offen BGE 41 II 392 E 4, uneindeutig 98 219 E 8.

156 Vgl. BGE 75 II 153.

157 Ottomann 26; vgl. BGE 71 I 385 f.

### b) Ausnahme für Doppelvertretung?

Nach Egger<sup>158</sup> ist Doppelvertretung grundsätzlich zulässig, weil keine Eigeninteressen im Spiele stünden und diese Lösung allein dem heutigen Stande der Unternehmenszusammenfassung gerecht werde. Das Fehlen von Eigeninteressen aber schafft den Interessenkonflikt nicht aus der Welt. Im Konzernverhältnis mag man annehmen, dass die GV bei Kenntnis der Doppelorganschaft dieselbe stillschweigend gestatte<sup>159</sup>. Die Tatsache aber, dass eine Ausstandspflicht für den Geschäftsgang hinderlich wäre, namentlich wenn der GV Geschäfte zur Genehmigung vorgelegt werden müssten<sup>160</sup>, macht die Doppelorganschaft nicht zulässig, sondern ruft eben nach Abhilfe (vgl. nachstehend II.).

Ernst J. Eigenmann<sup>161</sup> findet, weil für die GV eine Bestimmung analog ZGB 68 fehle, dürfe solches noch viel weniger für den Verwaltungsrat gelten, ein Gedanke, dem ich nicht zu folgen vermag. Im übrigen solle man sich auf das Fingerspitzengefühl der Interessierten und auf ihre moralische Integrität verlassen – ein sehr unverlässliches Rezept.

Schliesslich wird vorgeschlagen, dass Doppelverwaltungsratsmitglieder von zwei miteinander kontrahierenden Aktiengesellschaften bei der Beschlussfassung nicht in den Ausstand zu treten hätten<sup>162</sup>, es sei denn, jede Gesellschaft habe nur einen Verwaltungsrat<sup>163</sup>. Dies ist doch kaum die Bedeutung des Doppelvertretungsverbots. Kurz: Dieses gilt uneingeschränkt auch bei der AG<sup>164</sup>.

### 3. Besonderheiten bei der AG

Unbehelflich ist es einmal, das Problem dadurch zu umgehen, dass das im Interessenkonflikt befindliche Organ einen Vertrag nur beschliesst, den Willen dazu aber durch ein untergeordnetes Organ oder durch einen direkten oder indirekten Stellvertreter äussern lässt<sup>165</sup>; desgleichen (bei Selbstkontrahieren), als Verwaltungsrat für die AG zu handeln und für sich selbst einen Bevollmächtigten zu ernennen<sup>166</sup>. Die Übervorteilungsgefahr besteht schliesslich auch für eine Partei, wenn der Doppelvertreter auf die Ausübung des Mandates für die andere Partei verzichtet<sup>167</sup>.

158 Vertretungsmacht 55; gl.M. Portmann, Selbstkontrahieren 96 f.; Keicher 74 f.; Zimmermann 14; Bucher 585 Anm. 121; für Aufweichung auch Lemp 323 ff.

159 Lemp 327.

160 Lemp 326.

161 Das Reglement der AG, Zürich 1952, S. 46.

162 Siegwart vor 620 N 212.

163 Funk 707 N 3 II; Bürgi 707 N 36.

164 Vgl. von Steiger 243; Wolf 37; Schrott 67.

165 Egger, Vertretungsmacht 55 f.; Portmann, Selbstkontrahieren 98 f.; Lemp 314; Bucher 584 mit Zit.; Trüb 39; Pfander 29; Kaufmann 392 N 32.

166 Vgl. ZBGR 28 253 f.

167 Wolf 37; Schrott 65 ff.

Was die Ermächtigung zu Selbstkontrahieren oder Doppelvertretung betrifft, so kann sie ohne Zweifel von der GV<sup>168</sup> erteilt werden, aber auch durch die Verwaltung, wenn der interessierte Verwaltungsrat sich der Stimme enthält und der verbleibende Teil der Verwaltung beschlussfähig ist<sup>169</sup>. Vgl. einen praktischen Fall<sup>170</sup>, wonach dem Grundbuchamt jeweils eine Spezialvollmacht des Verwaltungsrats beizubringen ist, und bei einem Alleinaktionär, der einziger Verwaltungsrat ist, ein Genehmigungsbeschluss der GV.

Schliesslich ist ein entgegen dem Verbot abgeschlossenes Geschäft ungültig<sup>171</sup>, d.h. einseitig unverbindlich<sup>172</sup>. Es ist freilich nicht schlechthin nichtig; vielmehr kann der Mangel geheilt werden durch Genehmigung seitens eines neuen<sup>173</sup>, d.h. durch die Interessenkollision nicht beschlussunfähigen Verwaltungsrats oder auch der GV<sup>174</sup>. Eine Interessenkollision des Handelnden ist gegenüber gutgläubigen Dritten<sup>175</sup> jedoch nicht zu berücksichtigen<sup>176</sup>, weil hier die Vertretungsmacht nicht auf dem Bevollmächtigungswillen bezüglich des konkreten Geschäftes beruht, die Schranke der Vertretungsmacht bei Selbstkontrahieren/Doppelvertretung aber gerade mit dem zu vermutenden Willen der Nichtbevollmächtigung mit Bezug auf den geschlossenen Vertrag zu begründen ist<sup>177</sup>.

168 Schrott 65 f.; St. Berger: Zur Frage der Erteilung gewöhnlicher Vollmachten durch die GV einer AG, in: SAG 21 156 ff., 158.

169 Alfred Kolb: Die rechtliche Stellung der Mitglieder der Verwaltung nach schweizerischem Aktienrecht, Diss. Zürich 1934, S. 58; Schrott 34 f., 67; Wolf 37; von Steiger 243; vgl. ZVW 15 113; a.M. Keicher 72, nach dem wegen OR 717 III der Verwaltungsrat durch den Ausstand des interessierten Mitgliedes beschlussunfähig wird, was m.E. zu weit geht und dem Sinn von OR 708 III widerspricht.

170 ZBGR 31 299.

171 BGE 95 II 621.

172 Vgl. ZVW 15 113; Hefti 99.

173 BGE 63 II 175; de Saussure 91; Keicher 70 f. mit Verweis auf OR 38; Portmann, Selbstkontrahieren 103; Hans Reichel: Selbstkontrahieren des Vertreters, in: SJZ 12 25 f., 25; Schucany 718 N 2; Bürgi 718 N 7; von Tuhr/Peter 364 f.; Forstmoser/Meier-Hayoz 182 N 42.

174 Lemp 323.

175 Ein Beispiel von Bösgläubigkeit gibt BGE 52 II 358 ff.

176 Vgl. Egger 392 N 28; Knapp 149 f.; BGE 65 II 114.

177 Bucher 585; ZVW 27 40 E 8 für den Fall, dass ein Geschäft statt von einem zu bestellenden Beistand vom o. Vertreter abgeschlossen wurde.

## II. Beistandschaft

### 1. Regel

Kommt es zu Beschlussunfähigkeit wegen Interessenkollision<sup>178</sup>, so liegt ein Mangel i.S. von ZGB 393 Ziff. 4 vor<sup>179</sup>. Verschiedentlich wird in diesem Zusammenhang von Vertretungsbeistandschaft gesprochen<sup>180</sup>, welche wir<sup>181</sup> für juristische Personen abgelehnt haben. Richtig daran ist allerdings so viel, dass hier wegen der bloss beispielhaften Aufzählung in ZGB 393 Ziff. 1–5 der offene Ingress des Artikels durch ZGB 392 Ziff. 2 f. aufgefüllt wird<sup>182</sup>.

### 2. Ausnahmen

#### *a) Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen im besonderen*

Tritt der Verwaltungsrat als Kläger auf, darf er nicht gleichzeitig auch die AG als beklagte Partei vertreten; indessen kann der AG kein Beistand bestellt werden, da es dem Richter obliegt, für die Gesellschaft einen Vertreter zu bestimmen (OR 706 III)<sup>183</sup>. Deshalb ist von Steiger<sup>184</sup> nicht zuzustimmen, wenn er bei Verweigerung der Decharge eine Verbeiständung für möglich hält. Anders liegen die Dinge freilich, wenn eine GV gar nicht zustande kommt<sup>185</sup>.

178 ZVW 2 147 Nr. 66: etwa wenn die Verwaltung die Frage eines Rechtsvorschlages entscheiden muss und nicht rechtzeitig eine GV zur Wahl eines unbefangenen Verwaltungsrats einberufen werden kann.

179 Pfander 70; Kaufmann 393 N 28; ders., Beistandschaft 43 verlangt dauernde Interessenkollision, was in dieser Allgemeinheit nicht stimmt; die Verschuldenstheoretiker fordern auch hier, dass dem Mangel nicht anders abgeholfen werden könne, vgl. Egger 54 f. N 14; ZVW 2 147 Nr. 66 = ZR 44 316 Nr. 155; Riemer 109; Schroff 64 f., 68.

180 Riemer 108 f.; ZBGR 28 254 Nr. 97; Kaufmann/Kaufmann 702 S. 5 mit Verweis auf ZGB 392 Ziff. 2 f.

181 § 13. C.

182 Vgl. Egger 392 N 9; a.M. ZVW 15 112, der hier wegen des Notbehelfcharakters von ZGB 393 Ziff. 4 eine analoge Anwendung von 392 Ziff. 2 ablehnt.

183 Schroff 65; BGer. in JdT 117 I 379 E 1; Ottomann 33 Anm. 73; Bürgi 753 f. N 101 und Forstmoser 25 N 13 wollen den Artikel analog anwenden, wenn die GV Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage gegen die Verwaltung beschliesst, sich aber nicht auf einen zur Geltendmachung Bevollmächtigten einigen kann; m.E. kommt hier nur Beistandschaft in Frage, weil das richterliche Eingriffsrecht nicht ausdehnend ausgelegt werden soll, vgl. vorne A. XIX. 1. f. und § 27. C. II.

184 273.

185 Vgl. § 19. B. III. 1.

## b) *Einmanngesellschaft*

Wer als Alleinaktionär sowohl GV als auch Verwaltungsrat ist, darf auch Rechtsgeschäfte abschliessen, die ausserhalb der Handlungsmacht des Verwaltungsrats liegen. Als GV kann sich dies der Alleinaktionär selbst gestatten. Ein förmlicher Beschluss der GV erübrigt sich, da jederzeit eine Universalversammlung (OR 701) abgehalten werden könnte. Irrtümlich erscheint es aber, die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens und der Doppelvertretung von einem fehlenden Interessenkonflikt zwischen Alleinaktionär und Gesellschaft herzuleiten<sup>186</sup>, weil dies nur ausnahmsweise zutrifft<sup>187</sup>.

So oder anders wird es auch hier nicht zu einer Beistandschaft kommen können.

## C. *Stimmengleichheit*

### I. Vorkommen

#### 1. Im Verwaltungsrat

Stimmengleichheit kann vermieden werden, indem dem Verwaltungsratspräsidenten durch Statuten oder Reglement der Stichentscheid gegeben oder ein Losentscheid vorgesehen wird<sup>188</sup>. Ansonsten führt diese Lage zu Handlungsunfähigkeit.

Ein Eingreifen des Richters kommt hier nicht in Frage<sup>189</sup>. Die Auflösungsklage gemäss OR 736 Ziff. 4 ist nur *ultima ratio*<sup>190</sup> und kann sowohl am Quorum als auch an den wichtigen Gründen scheitern. Die Demission eines Verwaltungsrats zur Abhilfe<sup>191</sup> ist unzumutbar; Verhandlungen und Kompromisslösungen<sup>192</sup> möglicherweise auch.

186 So Egger 54 f. N 14 und ders., Vertretungsmacht 58; ZR 27 263 Nr. 133; Schroff 68; Portmann, Selbstkontrahieren 101 f.; Keicher 54; Gilliard 172.

187 Lemp 327 f.; vgl. BGE 50 II 182 ff.; Herbert Schönle: Die Rechtsstellung des Allein-gesellschafters einer Einmann-AG, in: SAG 32 105 ff., 116.

188 SAG 14 206; Braun 58; Bürgi 716 N 19; SAG 7 77 verlangt offenbar nicht einmal eine statutarische oder reglementarische Grundlage, während SAG 6 195 den Stichentscheid überhaupt abzulehnen scheint.

189 E. Steiner: Beschlussunfähigkeit des Verwaltungsrats, in: SAG 14 56 ff., 57; Schroff 36; Schucany 712 N 2; Bürgi 716 N 21.

190 Braun 60; wenig zurückhaltend damit Steiner l.c. 57 f.; vgl. § 28. B. II.

191 So Braun 58.

192 So Schroff 36.

Es mag aber gelingen, eine unabhängige Persönlichkeit in den Verwaltungsrat aufzunehmen<sup>193</sup>. Am besten wird die Sache der GV vorgelegt<sup>194</sup>, die dem Missstand wohl abhelfen kann<sup>195</sup>.

## 2. In der Generalversammlung

Es ist umstritten, ob in der GV der Stichentscheid des Präsidenten statutarisch vorgesehen werden könne<sup>196</sup>. Bürgi<sup>197</sup> hält das für unzulässig wegen der Festlegung des Stimmrechts auf die Aktien und erklärt Beschlüsse mit Stichentscheid für nichtig. Das BGer.<sup>198</sup> spricht sich nun aber für den Stichentscheid aus, weil der Grundsatz "soviel Kapital – soviel Stimmen" im Aktienrecht nicht ausschliesslich gelte.

Im übrigen ist auch hier OR 736 Ziff. 4 nur ultima ratio<sup>199</sup>, so dass es ebenfalls zu Handlungsunfähigkeit kommen kann.

## II. Beistandschaft

### 1. Ablehnung<sup>200</sup>

Die Verschuldenstheoretiker betrachten diese Handlungsunfähigkeit als selbst verschuldet und lehnen deshalb eine Verbeiständung ab<sup>201</sup>. So unklar das Verschuldenskriterium schon ist: Es lassen sich leicht Fälle denken, wo man nicht von verschuldeter Handlungsunfähigkeit sprechen kann.

Auch Schucany<sup>202</sup> will keinen Beistand gewähren und sieht bei dauernder Funktionsunfähigkeit von Verwaltungsrat und GV nur die Auflösung nach OR 736

193 Braun 59 f.

194 Steiner l.c. 56 f.; Braun 58; Schucany 712 N 2; Schroff 36; zur Zulässigkeit dieses Vorgehens vgl. BGE 83 II 64, 100 II 388; Forstmoser/Meier-Hayoz 147 N 26.

195 SAG 6 195; Bürgi 716 N 20.

196 Dagegen Braun 58, der sich auch gegen Losentscheid ausspricht; Sontag: Rechtsfragen aus dem Handelsgesellschaftsrecht, in: SAG 23 168 ff., 168 f.; ausführlich und mit guten Gründen Rolf Frei: Zur Frage des Stichentscheides des Vorsitzenden in der GV der AG, in: SAG 23 225 ff.; dafür von Steiger 196 f. mit zahlreichen Zit. beider Meinungen; anscheinend auch BGE 71 II 279.

197 698 N 26 f.

198 BGE 95 II 559 ff.

199 Bürgi 702 N 24; Braun 60; vgl. § 28. B. II.; nach SAG 16 167 einziger Ausweg.

200 Hans-Konrad Peyer: Die Zweimann-AG, Bern 1963, S. 73.

201 Schroff 36 f. und Bachtler 224 für Verwaltung; BGer. in JdT 117 I 379 E 1 für GV; Repertorio di giurisprudenza patria, Band 100, S. 97 und 101, abgekürzt wiedergegeben in SJZ 65 231 Nr. 120.

202 Die Beschlussfassung des Verwaltungsrats, in SAG 30 167 ff., 173.

Ziff. 4. Er bleibt allerdings die Antwort für nicht dauernde Funktionsunfähigkeit schuldig; eine Beistandschaft könnte dauernde Funktionsunfähigkeit gerade verhindern. Und wie schon unter I. 1. angeführt, braucht OR 736 Ziff. 4 nicht unbedingt zum Ziel zu führen.

## 2. Befürwortung

### a) Allgemein

Da Beschlussunfähigkeit von Verwaltungsrat oder GV infolge Stimmengleichheit sich auswirkt wie das Fehlen dieser Organe, ist ein Beistand zu bestellen, der eine vielleicht nur temporäre Lahmlegung der AG zu heilen und wirtschaftliche Werte zu retten vermag<sup>203</sup>.

### b) Generalversammlung im besonderen

Die Bestellung eines Beistandes ist meist zweckmässiger als die Auflösung der Gesellschaft gemäss OR 736<sup>204</sup>. So wurde einer AG ein Beistand bestellt, deren Aktien je zur Hälfte zwei Brüdern gehörten, deren jahrelange tiefgreifende Uneinigkeit sich auf die Führung des Unternehmens auswirkte und in der GV Beschlussfassung und Bestellung der Gesellschaftsorgane unmöglich machte<sup>205</sup>.

### c) Verwaltung im besonderen

Gleich wie das Fehlen der Verwaltung wirkt sich aus und es ist ein Beistand zu bestellen, wenn diese durch Stimmengleichheit beschlussunfähig wird und so die AG lahmlegt<sup>206</sup>, d.h. wenn die Gesellschaft infolge eines nicht beizulegenden Konfliktes im Verwaltungsrat nicht mehr normal geführt werden kann<sup>207</sup>, z.B. wenn sich mehrere um die Verwaltung streiten und jeder von ihnen den andern in der Ausübung der Verwaltungstätigkeit tatsächlich hindern kann<sup>208</sup>.

203 von Waldkirch 64 f.

204 Bürgi 702 N 24: letzteres nur in bes. schwerwiegenden Fällen; vgl. § 28. B.

205 BGE 76 II 52; ähnlicher Fall BGer. in SAG 18 188; vgl. Bürgi vor 698 N 44.

206 von Waldkirch 26 f.

207 SJ 88 510.

208 BGE 71 II 218; Kaufmann, Beistandschaft 42; Schrott 49 f., der sich dadurch mit S. 36 f. in Widerspruch setzt; Funk 712 N 1 VI; vgl. Bürgi vor 698 N 44.

ZGB 393 ist ja nicht abschliessend<sup>209</sup>. Es besteht deshalb kein Anlass, bei Vorliegen triftiger sachlicher Gründe eine Beistandschaft zu verweigern. Seitens der Mitglieder und Gläubiger der juristischen Person können durchaus schützenswerte Interessen namentlich wirtschaftlicher Natur bestehen<sup>210</sup>. Mag die Verbeiständung der AG auch unerfreulich sein, so ist sie doch v.a. bei vorübergehender Aktionsunfähigkeit fast immer einer Auflösung vorzuziehen.

Dauernde Beschlussunfähigkeit wird allerdings zur Auflösung der AG führen müssen<sup>211</sup>.

### *§ 23. Fehlende Verbindung zwischen Verwaltungsorgan und Vermögen der AG*

Handlungsfähigkeit und -wille genügen dann nicht, wenn das Verwaltungsorgan nicht in der erforderlichen Weise auf das Vermögen der AG einwirken kann. Von Verbindungsunterbrechungen zu unterscheiden und unwesentlich sind blosser Funktionsstörungen, welche das Verwaltungshandeln lediglich erschweren, aber nicht verunmöglichen.

Unerheblich ist, ob das unterbrechende Ereignis durch das Verwaltungsorgan verschuldet wurde oder nicht und ob es in der Person des Verwaltenden oder in objektiven Umständen begründet liegt<sup>1</sup>. Schroff<sup>2</sup> verlangt aber, dass alle korporativen Mittel zur Aufrechterhaltung der Verbindung fruchtlos angewendet worden sein müssen, doch lässt sich dies gesetzlich nicht abstützen. Die Möglichkeit, korporative oder andere ausserbeistandschaftliche Mittel erfolgreich anzuwenden, wird indessen eine hervorragende Rolle beim Antragsrecht spielen<sup>3</sup>.

Die Unterbrechung der Verbindung ist nur dann relevant i.S. von ZGB 393 Ziff. 4, wenn der AG dadurch vermögensrechtliche Nachteile erwachsen. Eine zeitweilige vollständige Unterbrechung bleibt beispielsweise dann unerheblich, wenn es keines Verwaltungsaktes eines erforderlichen Organs bedarf<sup>4</sup>.

209 ZVW 15 152; vgl. § 21.

210 Riemer 107 f.

211 Bürgi 716 N 22 f.; Riemer 108; vgl. § 36. A.

1 Schroff 37 ff.; ZVW 4 139; Krieg.

2 39.

3 Vgl. § 29. C. II.

4 Schroff 39; vgl. § 21.

## 4. Kapitel

## Keine anderweitige Sorge für die Verwaltung

§ 24. *Allgemeines*

Wegen der Subsidiarität der Beistandschaft ist eine solche nur anzuordnen, wenn mit der Behebung des verwaltungslosen Zustandes nicht binnen kurzem gerechnet werden kann<sup>1</sup> und wenn die Verwaltung der Gesellschaft sonst überhaupt nicht besorgt würde<sup>2</sup>. Diese unbestrittenen Formulierungen des BGer. sind vollständig neutral und faktisch gehalten, d.h. sie schliessen eine Beistandschaft nicht schon dann aus, wenn an sich der verwaltungslose Zustand behoben werden könnte, aber trotzdem andauert. Diese Möglichkeit ist denn auch erst beim Antragsrecht zu berücksichtigen<sup>3</sup>.

Die Verschuldenstheorie lautet aber wieder anders. Sie verlangt, dass es unmöglich sei, innert nützlicher Frist den verwaltungslosen Zustand zu beheben<sup>4</sup>, dass sämtliche gesetzlichen und statutarischen Möglichkeiten, welche es der juristischen Person gestatten, sich aus eigener Kraft wieder handlungsfähig zu gestalten, erfolglos ausgeschöpft worden seien<sup>5</sup>. Wehrli<sup>6</sup> geht noch weiter, wenn er fordert, dass die Schwierigkeiten nicht hauptsächlich auf die eigenen Dispositionen der Aktionäre zurückzuführen sein dürfen, was m.E. selbst unter dem Aspekt des Antragsrechtes fragwürdig erscheint<sup>7</sup>. Riemer<sup>8</sup> will immerhin keine Schritte verlangen, welche ganz unverhältnismässig viel aufwendiger und unzweckmässiger wären als die Errichtung einer Beistandschaft, ein Zumutbarkeitsgedanke, der für das Antragsrecht im Auge zu behalten ist<sup>9</sup>.

Wenn daher im folgenden Abhelfemöglichkeiten aufgezeigt werden, so schliesst bloss deren Realisierung eine Beistandschaft aus, während deren Nichtverwirklichung allerdings ein Antragsrecht verhindern kann.

1 BGE 69 II 21, vgl. 71 II 218.

2 BGE 78 II 374 E 3c; BGer. in JdT 117 I 379 E 1; vgl. Egger 393 N 5; nach Pfander 70 und Schroff 5 hätte letzteres in ZGB 393 Ziff. 4 nicht eigens gesagt werden müssen, da es im Hinblick auf den Ingress des Artikels selbstverständlich sei.

3 Vgl. § 29. C. II.

4 Portmann 32; Guhl/Merz/Kummer 660 f.; Pfander 70; von Steiger (zit. § 22. Anm. 58) 130.

5 Schroff 40 f., 48; Bachtler 218 f.; ZVW 23 114 f.; Egger 393 N 28 f.; vgl. Chicherio (zit. § 25. Anm. 12) 73; Ottomann 31; ZR 34 222 f.

6 145.

7 Vgl. Schroff 39, der das Verschulden der Verwaltung an der Unterbrechung der Verbindung zum Vermögen für unerheblich hält.

8 109; ders. Ökonomiegedanke auch in ZVW 15 153 Nr. 21, allerdings im Falle eines Vereins.

9 Vgl. § 29. C. II.

## § 25. *Privatrechtliche Rechtshilfen*

### A. *Ersatz eines Organes durch ein anderes?*

#### I. Fehlen der Verwaltung

##### 1. Ein Entscheid des Bundesgerichtes<sup>1</sup>

Die Verbeiständung einer zeitweilig der Verwaltung entbehrenden AG ist kein unbedingtes Gebot. Wo es tunlich und praktisch durchführbar ist, billigt die Rechtsprechung für beschränkte Dauer auch ausserhalb der Verwaltung stehenden Personen<sup>2</sup> oder anderen Organen die Verwaltungsbefugnis zu. Zwar ist im Gebiete des Aktienrechts zur Verhinderung von Missbräuchen und zur Klärung der Verantwortlichkeiten die Einhaltung einer gewissen Formalordnung unumgänglich. Aber es kann doch im allg. Interesse der Gesellschaft wie ihrer Aktionäre und Gläubiger liegen, dass notwendige Verwaltungsvorkehren trotz einstweiligen Fehlens des zuständigen Organes ohne Verzug und ohne fremde Einflussnahme getroffen werden.

##### 2. Ersatz der Verwaltung durch die Generalversammlung?

In Zustimmung zu diesem Urteil (vorstehend 1.) wird v.a. die GV als Ersatzorgan angesehen<sup>3</sup>. So nimmt ein Urteil an<sup>4</sup>, dass ein Prozess seitens einer verwaltungslosen AG aufgrund von GV-Beschlüssen weitergeführt werde und Zustellungen an die GV zu richten seien, wenn diese tätig werden kann und es unterlässt, entweder einen neuen Verwaltungsrat zu wählen oder zumindest einen Vertreter zur Prozessführung zu bevollmächtigen.

Zu Recht hat ein anderes Urteil<sup>5</sup> ein solches Vorgehen abgelehnt und einen Beistand verlangt, dennes ist m.E. sozusagen nie "tunlich und praktisch durchführbar", die GV die Rolle der Verwaltung spielen zu lassen, indem die GV dazu schlechterdings nicht taugt, selbst wenn man die Gewaltentrennung aufgeben will. Was die GV einzig tun kann, ist, einen Verwaltungsrat oder Sonderbevollmächtigten zu wählen.

1 BGE 78 II 374 f.

2 Dazu nachstehend B. II.

3 Bürgi vor 698 N 7, 44; Patry II 263; E. Schucany: Die Abgrenzung der Befugnisse der GV und des Verwaltungsrats, in: SAG 26 108 ff., 111.

4 SAG 43 68 f.; ähnlich ZR 34 222 f.

5 ZVW 26 76 f. (zit. § 22. A. IX. 3. bei Anm. 73); Ablehnung auch durch Ottomann 32.

### 3. Ersatz der Verwaltung durch die Kontrollstelle?

Im Anschluss an die vage Formulierung des BGer. (vorstehend 1.) hält es Bürgi<sup>6</sup> für möglich, dass vielleicht auch die Kontrollstelle Verwaltungshandlungen vornehme<sup>7</sup>. Das in Anm. 4 erwähnte Urteil konnte auf die Kontrollstelle verzichten, indem es sich an die GV hielt, hatte aber ohnehin Bedenken wegen OR 731 I. — Berechtigterweise. Verwaltungshandlungen der Kontrollstelle sind aufgrund des angeführten Artikels strikte abzulehnen<sup>8</sup>, selbst wenn die Verwaltung weggefallen ist<sup>9</sup>. Die Kontrollstelle mag allerdings versuchen, eine GV einzuberufen (OR 699 I).

## II. Fehlen der Generalversammlung

Die GV ist in ihren unübertragbaren Befugnissen (OR 698) durch kein anderes Organ als solches ersetzbar. Hier bleibt nur Verbeiständung übrig.

## III. Fehlen der Kontrollstelle

Zufolge der Inkompatibilitätsvorschrift von OR 727 II ist es dem Verwaltungsrat verwehrt, die Kontrollstelle in irgendeiner Weise zu ersetzen. Die Funktionen der Kontrollstelle können aber auch niemals von der GV als solcher erfüllt werden, indem sie schon praktisch gesehen dazu bes. ungeeignet erscheint<sup>10</sup>. Auch hier bleibt sie auf den Versuch beschränkt, eine neue Kontrollstelle zu wählen.

## IV. Folgerung

Da Ersetzung eines Organes durch ein anderes unzulässig bzw. offensichtlich unpraktisch ist, kann dem Fehlen der Kontrollstelle nur durch Ersatzwahl, demjenigen des Verwaltungsrats zudem noch durch die Wahl eines Sonderbevollmächtigten in einer GV abgeholfen werden. Dazu nachstehend B.

6 Vor 698 N 7.

7 So von Steiger 273 bei Klage der Verwaltung auf Décharge.

8 Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz 139 N 11; Wander 79, 114; Mielke 28; Bürgi 731 N 1, 4 I.

9 BGE 69 II 20 f.; gl.M. Ottomann 33 für die prozessunfähige AG: die Kontrollstellen wären häufig auch rein sachlich nicht geeignet.

10 Wander 81, 87.

## B. *Einberufung einer Generalversammlung als Abhilfe*

### I. Einberufung zur Wahl von Verwaltungsrat oder Kontrollstelle

#### 1. Einberufung durch die Verwaltung (OR 699 I)

Die Einberufung durch die Verwaltung stellt den Normalfall dar und kann hier praktisch werden zur Neubestellung einer Kontrollstelle.

Geht es um die Verwaltung selbst, so gilt es folgendes festzuhalten. Die Einberufung setzt einen Verwaltungsratsbeschluss voraus. Dies kann auch noch durch das letzte verbliebene Verwaltungsratsmitglied geschehen, falls die Statuten kein Quorum verlangen (OR 708 III) und nicht die Einberufungsbefugnis nach Massgabe von OR 717 I und II einem einzelnen Verwaltungsratsmitglied (in der Regel dem Präsidenten oder Vize) übertragen ist<sup>11</sup>.

#### 2. Einberufung durch Kontrollstelle (OR 699 I)

Die Kontrollstelle hat die GV einzuberufen, wenn die Verwaltung, der dies in erster Linie obliegt, dazu nicht imstande ist<sup>12</sup> oder die Einberufung böswillig und in unverantwortlicher Weise unterlässt<sup>13</sup>, namentlich, um eine mangelnde Verwaltung zu ersetzen<sup>14</sup>.

Zu weit geht aber ein Urteil<sup>15</sup>, wonach die Kontrollstelle immer dann eine GV einberufen dürfe, wenn sie es in guten Treuen für nötig hält; dies sogar neben dem Richter, wenn die Verwaltung dem Einberufungsanspruch von einen Zehntel des Aktienkapitals vertretenden Aktionären nicht stattgibt<sup>16</sup>. Dies widerspricht i. allg. der Stellung der Kontrollstelle als blosse Rechnungsprüfungskommission und verstösst im besonderen gegen OR 699 IV, der die Einberufungskompetenz klar festlegt<sup>17</sup>.

11 Schroff 43 f.; von Steiger 187 f.; Bürgi 699 N 9.

12 So BGE 93 II 28 E 5 beim Tod des einzigen Verwaltungsrats und Untätigkeit der übrigen Aktionäre; Urs Chicherio: Die Einberufung der GV einer AG durch die Kontrollstelle, Diss. Zürich 1973, S. 32, 36, 73, 76 f.; Ottomann 31.

13 BGE 86 II 177; Forstmoser/Meier-Hayoz 198 f.; Patry II 263; Mielke 92; Bürgi 699 N 10, 12 f.; a.M. für den zweiten Fall Alfred Wieland: Kann nach Art. 699 OR ausser der Verwaltung auch die Kontrollstelle die GV einer AG einberufen ..., in: SAG 24 105 ff., 109.

14 BGE 69 II 21; Schroff 44.

15 SJZ 47 278.

16 Schucany 699 N 2; Mielke 92.

17 Bürgi 699 N 11; E. Schucany: Die Einberufung der GV durch die Kontrollstelle, in: SAG 24 65 ff., 68 ff.; Wieland l.c. 109 ff.

### 3. Einberufung durch Liquidator (OR 699 I)

Sie ist zu behandeln wie die Einberufung durch die Verwaltung, da in der Rechtsnatur kein Unterschied existiert<sup>18</sup>. Findet sich aber neben den Liquidatoren noch eine Verwaltung (OR 739 II), steht das Einberufungsrecht in erster Linie dieser zu<sup>19</sup>, und das Verhältnis zwischen Recht bzw. Pflicht der Verwaltung und der Liquidatoren wird gleich dem sein zwischen Verwaltung und Kontrollstelle (vgl. vorstehend 2.).

### 4. Einberufung durch Vertreter der Anleiensgläubiger (OR 699 I, 1159 I)

Dies stellt wohl den einzigen Fall dar, wo eine spezielle Kategorie von Gläubigern die Möglichkeit hat, mehr oder minder direkt auf das korporative Leben einzuwirken. Die Voraussetzungen für dieses Einberufungsrecht sind wohl die gleichen wie diejenigen bei der Kontrollstelle (vgl. vorne 2.).

### 5. Einberufung durch Richter (OR 699 IV i.V.m. III)

Der Richter kann die Einberufung nicht nur anordnen. Zur Durchsetzbarkeit von OR 699 IV muss auch ein direktes Einberufungsrecht anerkannt werden, insbes. wenn Gefahr im Verzuge liegt oder die Verwaltung auch dem richterlichen Befehl nicht Folge leistet<sup>20</sup>. Dem Fall, wo die Verwaltung dem Einberufungsbegehren nicht entspricht, ist derjenige gleichzustellen, in welchem es an jeglicher Verwaltung fehlt<sup>21</sup>.

### 6. Einberufung durch besonderes, statutarisch ermächtigtes Organ

Schroff<sup>22</sup> hält OR 881 I gestützt auf 626 Ziff. 4 für auf die AG analog anwendbar und denkt dabei an untergeordnete Verwaltungsorgane. Ich stehe dem eher ablehnend gegenüber.

18 Schroff 43; vgl. vorne 1.

19 Bürgi 699 N 14; vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz 150 N 18.

20 Bürgi 699 N 28; Funk 699 N 3 III.

21 Schucany 699 N 6 II a.E.; a.M. Schroff 42.

22 44 f.

## 7. Abhaltung einer Universalversammlung (OR 701)

### II. Wahl eines speziellen Bevollmächtigten

#### 1. Allg. Zulässigkeit

Bei strenger Auslegung von OR 717 II dürfte eine Übertragung von Funktionen der Geschäftsführung oder Verwaltung durch einfachen Beschluss der GV, aber ohne entsprechende statutarische oder reglementarische Grundlage unzulässig sein<sup>23</sup>. Die GV sollte aber zumindest für ein einzelnes Geschäft eine solche Übertragung vornehmen können<sup>24</sup>. Wenn die GV befugt ist, durch statutarische oder reglementarische Ordnung generell Kompetenzzuteilung und Delegation festzulegen, so muss sie wohl auch – als geringeres Recht – von Fall zu Fall durch Beschluss entsprechende Regelungen treffen dürfen. Eine restriktive Auslegung von OR 717 II drängt sich auch nicht um der Verkehrssicherheit willen auf<sup>25</sup>, indem die ratio legis doch offenbar nur die Verhinderung zu selbständiger Dispositionen des Verwaltungsrats ohne statutarische Grundlage ist<sup>26</sup>.

Zimmermann<sup>27</sup> ruft zur Stützung seiner Ansicht noch OR 721 II und III an. OR 721 III bedeutet jedoch eher eine Erlaubnisnorm zugunsten der Verwaltung als eine Verbotsnorm gegen die GV, und es könnte gegen beide Absätze OR 721 I angeführt werden.

Es fehlen demnach stichhaltige Gründe, OR 717 gegen die GV streng formell und eng auszulegen; eine weitherzige Auslegung liegt dagegen wegen der oft unvorhersehbaren geschäftlichen Entwicklung im Interesse der Wirtschaft<sup>28</sup>.

23 So H. Zimmermann: Erteilung gewöhnlicher Vollmachten durch die GV der AG, in: SAG 20 197 ff., 199; SAG 20 154.

24 Schucany 717 N 3 und ders.: Zur Frage der rechtlichen Stellung des "abhängigen" Verwaltungsrats, in: SAG 27 109 ff., 110.

25 So Zimmermann l.c. 198 und 200, der es Dritten nicht zumuten will, jeweils die Rechtswirksamkeit solcher GV-Beschlüsse nachzuprüfen.

26 Bürgi 717 N 20; vgl. BGE 75 I 326 f., der eine statutarische Bestimmung für zulässig hält, wonach die GV durch einfachen Beschluss bestimmen kann, ob Übertragung der Geschäftsführung an Mitglieder der Verwaltung oder Dritte durch sie selbst oder die Verwaltung erfolgen soll; Patry II 248, wonach die GV durch einfachen Beschluss den Verwaltungsrat ermächtigen darf, die Geschäftsführung an eines ihrer Mitglieder oder an Dritte zu übertragen; a.M. wohl von Steiger 75 und 239.

27 L.c. 199.

28 Bürgi 717 N 20.

## 2. Bei Fehlen der Verwaltung im besonderen

OR 717 II schliesst Vollmachterteilung der GV an einen Dritten zur Vornahme eines einzelnen Rechtsgeschäftes nicht aus, denn es geht in diesem Artikel nicht um gewöhnliche, sondern um handelsrechtliche Vollmacht. Es kommt daher nichts darauf an, ob Statuten oder Reglement die Verwaltung zu Delegationen ermächtigen oder nicht<sup>29</sup>. Einzig ein ausdrückliches statutarisches Verbot an die GV könnte ihr die Befugnis nehmen. Wenn zudem die GV als oberstes Organ zuständig ist zur Bestellung der Verwaltung, so muss sie um so mehr eine gewöhnliche Vollmacht erteilen dürfen, sofern es (wie hier) notwendig ist. Ein Kompetenzkonflikt kann bei fehlender Verwaltung nicht entstehen<sup>30</sup>. Die Verwaltungsbefugnis kann aber nicht nur für einzelne Rechtshandlungen, sondern generell einem Bevollmächtigten übertragen werden<sup>31</sup>.

### C. Sonderfälle

#### I. Erben eines Alleinaktionärs und einzigen Verwaltungsrates während der Ausschlagungsfrist

Möchten die Erben, die noch nicht wissen, ob sie die Erbschaft antreten wollen, eine GV abhalten und neue Organe bestellen, so könnten sie solche Mitgliedschaftsrechte nur als Aktionäre ausüben. Dies setzte den Erwerb der Aktien voraus, was gemäss ZGB 571 II dem Antritt der Erbschaft gleichkäme.

Die Erben können aber eine behördliche Bewilligung zur Fortsetzung des Geschäftes gemäss ZGB 585 II erwirken<sup>32</sup>. Unter Geschäft ist nicht notwendigerweise ein Handels- oder Industriegeschäft i.S. des Handelsrechts zu verstehen<sup>33</sup>, sondern auch jeder Komplex zusammengehöriger, auf denselben wirtschaftlichen Erfolg abzielender Handlungen<sup>34</sup>. I.d.S. stellt Ausübung der Aktionärsrechte ein Geschäft nach ZGB 585 II dar<sup>35</sup>.

Der i.S. von ZGB 585 II mit der eigentlichen Verwaltung speziell beauftragte Erbe sodann kann nicht nur die nach Abs. I notwendigen Verwaltungshandlungen,

29 SAG 20 154 und Zimmermann l.c. 203 verlangen auch hier statutarische oder reglementarische Ermächtigung der GV, widrigenfalls nur Beistandschaft in Frage komme.

30 Berger (zit. § 22. Anm. 168) 157 ff.; für Zulässigkeit der Vollmachterteilung in solchen Fällen, aber ohne Äusserung zur Frage einer reglementarischen/statutarischen Grundlage BGE 78 II 373 E 3; Schrott 45 f.; Wolf 37.

31 BGE 78 II 374 f.; SAG 43 68; Patry II 263; wohl auch Bürgi vor 698 N 7; Schrott 46; vgl. auch Kaufmann 393 N 29.

32 ZVW 9 150 f.

33 So Escher 585 N 6, der aber kommentarlos den hier wiedergegebenen, weiter gefassten ZVW 9 150 f. zitiert.

34 Tuor/Pictoni 585 N 12 mit Verweis auf den französischen Text, wo es "affaires" heisst.

35 ZVW 9 151.

sondern alle zur Fortführung des Geschäftes erforderlichen Vorkehrungen treffen. Durch die Überschreitung seiner Befugnisse begeht er nicht eine die Annahme der Erbschaft implizierende Handlung, sondern macht sich lediglich verantwortlich nach Auftragsrecht<sup>36</sup>; Akte, die gemäss ZGB 571 Einmischung in die Erbschaft bedeuteten, können für den nach ZGB 585 II verwaltenden Erben geradezu zum Geschäftskreis gehören<sup>37</sup>.

Auf diese Weise vermögen die Erben eine GV abzuhalten und neue Organe zu wählen. Eine Beistandschaft ist demnach auch i.S. des BGer.<sup>38</sup> nicht nötig<sup>39</sup>.

## II. Verwaltungsloser Nachlass in konkursamtlicher Liquidation<sup>40</sup>

Nach SchKG 240 hat die Konkursverwaltung alle zur Erhaltung und Verwertung der Masse gehörenden Geschäfte zu besorgen. Dazu gehört auch Neubestellung der Organe, weil diese für eine ordnungsgemässe Liquidation nötig sind. Die Konkursverwaltung ist berechtigt, anstelle eines verstorbenen einzigen Gesellschafters das Stimmrecht auszuüben<sup>41</sup>. Da sie über sämtliche Stimmen verfügt, ist die Abhaltung einer Universalversammlung zur Neuwahl der Verwaltung ohne weiteres möglich, so dass auf eine Verbeiständung verzichtet werden kann<sup>42</sup>.

## § 26. Handeln der Vormundschaftsbehörde

### A. Prinzipielle Zulässigkeit

Können "erforderliche Anordnungen der Vormundschaftsbehörde" gemäss ZGB 393 Ingress eine "andere Weise der Verwaltung" nach Ziff. 4 sein, welche eine Beistandschaft überflüssig machen?

In der Tat kann die Vormundschaftsbehörde von einer Beistandsbestellung absehen und selber handeln<sup>1</sup>, wenn diese sich als unnötige Weiterung erwiese<sup>2</sup>, so in

36 Escher 585 N 6, 8; vgl. BGE 54 II 419 E 2.

37 Tuor/Picononi 585 N 10, 15: anders aber bezüglich der nicht mit der eigentlichen Verwaltung betrauten Erben.

38 BGE 78 II 374 f. (zit. vorne A. I. 1.).

39 ZVW 9 151 f., unter diesen Voraussetzungen bestätigt S. 153.

40 ZVW 15 153 f.: In casu ging es um eine GmbH, deren alleiniger Gesellschafter gestorben war, so dass die Gesellschaft kein Organ mehr hatte; die Erbschaft wurde ausgeschlagen.

41 Bürgi 689 N 26; Schucany 689 N 2.

42 Offenbar zust. Bachtler 222.

1 Curti 393 N 4: eventuell durch einen Dritten; Hefti 99; ZVW 6 33 f. lässt sogar die Aufsichtsbehörde im Verantwortlichkeitsprozess gegen die Vormundschaftsbehörde auftreten; a.M. Good 58.

2 Knapp 150.

klaren, liquiden Fällen oder bei grosser Dringlichkeit<sup>3</sup>, und wenn es sich zugleich um eine Angelegenheit handelt, die ohne Weiterungen erledigt werden kann<sup>4</sup>. Zu denken ist etwa an einzelne<sup>5</sup> und überblickbare Rechtshandlungen<sup>6</sup> wie die Entgegennahme einer Mitteilung<sup>7</sup>, die Abgabe einer einfachen rechtsgeschäftlichen Erklärung<sup>8</sup>, eine vorsorgliche Berufungserklärung<sup>9</sup>, Entgegennahme von Zahlungen zuhanden des Vermögens, Auszahlungen, Verwahrung des Vermögens, Sperre von Bankkonto und Grundbuch<sup>10</sup>.

Nicht zustimmen möchte ich einer generellen Handlungskompetenz der Vormundschaftsbehörde dort, wo ihr ein Genehmigungsrecht nach ZGB 404, 421 f. usw. zusteht<sup>11</sup>, weil auch hier das Gesetz vom primären Handeln eines Beistandes ausgeht und anders eben doch eine vorgesehene Instanz verlorengelht<sup>12</sup>.

Schroff<sup>13</sup> will Substitution des Beistandes durch die Vormundschaftsbehörde bei der AG ausschliessen, weil in Verwaltungsfragen die Vormundschaftsbehörde überfordert und auch nicht einmal eine GV zur Neubestellung der Organe ohne Mittelsmann abzuhalten in der Lage sein dürfte. Ich sehe aber durchaus einzelne Verwaltungshandlungen, wie sie hier aufgezählt wurden, die die Vormundschaftsbehörde nicht in Verlegenheit bringen müssen; und auch die Durchführung einer GV stellt doch keinen zu komplizierten Vorgang dar, wobei ein allenfalls erforderlicher Mittelsmann nicht unbedingt ein Beistand zu sein bräuchte<sup>14</sup>.

## *B. Bei Dringlichkeit aufgrund von ZGB 386*

ZGB 386 gilt nach 367 III<sup>15</sup> bzw. 397 I auch für die Beistandschaft. Wegen des Ingresses von ZGB 393 erübrigt sich eigentlich eine Anwendung von 386<sup>16</sup>, doch sind m.E. die hier entwickelten Grundsätze auch für das Handeln der Vormundschaftsbehörde nach 393 Ingress bedeutsam.

3 Kaufmann 392 N 6.

4 Egger 392 N 14; ZBl 38 313; Lecoultré 47; Pfander 15 f. mit Verweis auf ZGB 423 und 449, wo grundsätzlich die Vertretereigenschaft der Vormundschaftsbehörde bejaht werde; vgl. Trüeb 40.

5 ZBGR 48 2 f.

6 SJZ 34 332 Nr. 63 und Egger 417 N 11 unter dem Aspekt von ZGB 386 I.

7 Bachtler 219.

8 Schroff 46 f.; ZBl 38 313: Unerheblich für dieses Vorgehen muss aber die hier genannte fiskalische Erwägung sein, dass die Kosten einer Beistandsbestellung von der Öffentlichkeit zu tragen wären.

9 ZVW 5 134 = ZR 49 162 f.

10 Egger 393 N 6; Kaufmann 393 N 6 f.; ders., Beistandschaft 41.

11 So Trüeb 40; Pfander 13 f.; MBVR 66 411 E 4.

12 Vgl. Pfander 14 f.

13 47.

14 Vgl. Anm. 1.

15 BGE 79 I 186; vgl. Hofmann 175.

16 Zipkes 31; Imhoff 12.

## I. Anwendungsbereich im allgemeinen

Wenn das Verfahrensrecht der Weiterziehung eines Verbeiständungsbeschlusses die aufschiebende Wirkung versagt, werden vielfach bes. Massnahmen nicht nötig sein. Doch meist liegt der Fall umgekehrt<sup>17</sup>.

Ist ein Beistand gewählt, macht ZGB 389 eine Anwendung von 386 überflüssig, es wäre denn, der Beistand verweigere die Erfüllung seiner Amtspflicht<sup>18</sup>; dasselbe gilt in den Fällen von ZGB 442 f. wegen 444<sup>19</sup>, nicht aber im Falle von ZGB 441. ZGB 386 wird operativ bei Verhinderung des Beistandes nach 392 Ziff. 2 f. und findet analoge Anwendung, wenn der Beistand Weisungen nicht befolgt, man aber nicht nach ZGB 445 und 448 f. vorgehen will und über einen Streitpunkt nicht in guten Treuen zweierlei Meinung sein kann<sup>20</sup>.

Bei alledem ist immer zu bedenken, dass nur nach Massgabe eines Schutzbedürfnisses eingeschritten werden darf<sup>21</sup>, dann aber auch muss<sup>22</sup>. Die vorsorglichen Massnahmen können dabei den Schutzzweck so vollkommen erreichen, dass eine Verbeiständung sich erübrigt<sup>23</sup>.

## II. Anwendung von ZGB 386 I

### 1. Voraussetzungen

#### a) Zeitlich

ZGB 386 gilt im Verbeiständungsverfahren und vor der Beistandsbestellung<sup>24</sup>.

Die Bestimmung des Anfangszeitpunktes hängt unbestrittenerweise von einer ersten mat. Feststellung der Verbeiständungsbedürftigkeit ab. Die Vormundschaftsbehörde darf sich mit Wahrscheinlichkeit zufriedengeben, denn es handelt sich nur um eine vorläufige Prüfung<sup>25</sup>, die aber immerhin die Vormundschaftsbehörde vom

17 Egger 386 N 7; nach Zipkes 29 muss aufschiebende Wirkung von Bundesrechts wegen gegeben sein, weil sonst ZGB 386 für einen wichtigen Teil des Verfahrens überflüssig gemacht würde – ein kaum überzeugendes Argument.

18 Zipkes 30 f.

19 Hofmann 163; eine Ausnahme bildet aber entgegen Kaufmann 444 N 5 der Fall von ZGB 384 Ziff. 3.

20 Zipkes 34 f.; Imhoff 11 ist der Ansicht, dass ZGB 389, 444 und 449 eine Anwendung von 386 II ausschliessen.

21 BGE 57 II 7; vgl. Zipkes 36.

22 Hofmann 170.

23 Egger 386 N 9 f. und 393 N 6.

24 Zipkes 39; Egger 386 N 12; Kaufmann 386 N 7 und 397 N 16; Knapp 45; Imhoff 10.

25 SJZ 22 44 Nr. 46; Egger 386 N 14; nach Hofmann 167 f. ist hier weniger Strenge am Platz als bei ZGB 386 II, wobei er auch noch innerhalb von Abs. I nach der Schwere des Eingriffs differenziert.

Vorliegen eines Verbeistandungsgrundes überzeugen muss<sup>26</sup>. Früher wurde als zweites Erfordernis auch die formelle Einleitung des Verbeistandungsverfahrens verlangt<sup>27</sup>, währenddem heute richtigerweise bei Gefahr im Verzuge auch früheres Eingreifen zugelassen und allein auf das Schutzbedürfnis abgestellt wird<sup>28</sup>. Das Verfahren muss aber immerhin innert kurzer Frist eingeleitet werden, wobei sich die Vormundschaftsbehörde mehr Zeit nehmen darf, wenn die Möglichkeit besteht, dass sich eine Verbeistandung hernach überhaupt erübrigt<sup>29</sup>.

Massnahmen sind möglich, bis der Beistand sein Amt angetreten hat. Wird aber das Verfahren eingestellt oder ein Verbeistandungsbegehren rechtskräftig abgewiesen, so verbietet sich jede weitere Massnahme<sup>30</sup>.

## b) *Sachlich*

Es müssen vormundschaftliche Geschäfte zu besorgen sein, deren Erledigung sich als notwendig erweist<sup>31</sup>.

Der Begriff der vormundschaftlichen Geschäfte umfasst alle Aufgaben der vormundschaftlichen Organe im Falle einer definitiven Beistandschaft<sup>32</sup>.

Keine Geschäfte i.d.S. stellen Massnahmen nur zur Feststellung des Verbeistandungsgrundes dar<sup>33</sup>, da dies gerade Voraussetzung für die Anwendung von ZGB 386 ist<sup>34</sup>. Gefahr muss im Verzuge liegen. Ohne Eingreifen der Vormundschaftsbehörde müssten vormundschaftlich relevante Interessen gefährdet sein<sup>35</sup>.

## 2. Massregeln im einzelnen

### a) *Allgemein*

Erforderliche Massregeln sind die den notwendigen Geschäften adäquaten Vorkehrungen: Die Anordnungen dürfen nicht weiter gehen, als zur Wahrung der zu schüt-

26 Zipkes 40; Kaufmann 386 N 8; ZVW 32 76 E 3.

27 SJZ 19 137 Nr. 104; Zwingli 7; Kaufmann 386 N 8, 24 und Zipkes 40 f. mit Bestimmung dieses Zeitpunktes.

28 Egger 386 N 13; SJZ 66 106 E 3.

29 Hofmann 169, der hier eine Anhörung für wünschbar hält.

30 Zipkes 43.

31 Kissling 42; Entscheidungen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts 1959 S. 197 Nr. 42.

32 ZVW 32 76 E 3; Hofmann 170; vgl. BGer. in SJ 82 277 E 3; Knapp 45.

33 ZVW 24 156 E 1; ZR 27 39 f.

34 Zipkes 43 f.

35 Egger 386 N 15 ff.; Kaufmann 386 N 9 f.; Curti 386 N 2; ZVW 24 156 E 1 und 32 76 E 3; Zipkes 47; vgl. Hofmann 170; § 1.

zenden Interessen nötig erscheint<sup>36</sup>. I.d.S. ist auch die Anordnung definitiver Massnahmen möglich<sup>37</sup>.

Für Urteilsbildung und Entscheidung der Vormundschaftsbehörde finden die gleichen Grundsätze Anwendung wie für die Amtsführung des Beistands<sup>38</sup>. Die Vormundschaftsbehörde kann die Aufgaben selbst besorgen – dann gilt für ihre Vertretungsmacht dasselbe wie sonst für den Beistand<sup>39</sup> – oder Dritte damit beauftragen<sup>40</sup>.

#### *b) Massnahmen nach ZGB 398 ff.*<sup>41</sup>

Im Sinne der Ausführungen unter § 37. A. I. wird jetzt eine Inventaraufnahme erfolgen müssen<sup>42</sup>.

Wo die Umstände es rechtfertigen, kann es auch ein öffentliches Inventar sein<sup>43</sup>. Ein Entscheid mit eingehender Begründung<sup>44</sup> lehnt dies aber selbst im Falle von ZGB 386 II ab. Das öffentliche Inventar sei bloss bei Bevormundung (ZGB 398 III) als statthaft erklärt. Die Verwirkungsfolge des öffentlichen Inventars verbiete eine extensive Interpretation. Auch gehe bei ZGB 386 II die Verfügungsmöglichkeit über einen Vermögenskomplex nicht direkt und bedingungslos auf ein anderes Subjekt über wie bei Bevormundung. Man wüsste zudem die Wirkung des öffentlichen Inventars nicht, wenn keine Bevormundung zustande käme<sup>45</sup>. Schliesslich sei ein öffentliches Inventar gar nicht nötig, weil die provisorischen Massnahmen nach ZGB 386 nie längere Zeit andauern könnten und also keine definitive Ordnung der Vermögensverhältnisse getroffen werden müsse. Wegen des definitiven Charakters der materiellrechtlichen Wirkungen des öffentlichen Inventars dürfe dasselbe deshalb nie eine vorsorgliche Massnahme sein. – Dazu ist zu sagen, dass es eben gerade im Wesen von ZGB 386 liegt, gewisse notwendige vormundschaftliche Geschäfte vorwegzunehmen, auch auf die Gefahr hin, dass keine Vormundschaft zustande kommt. Und mit dem definitiven Charakter – definitive Massnahmen

36 Hofmann 171.

37 Egger 386 N 18; Kaufmann 386 N 11 und 14; vgl. Zipkes 53 f.

38 Hefti 213.

39 Zipkes 52.

40 Zipkes 47 f.; Egger 386 N 41; Kissling 42 f.; vgl. hinten III. 4.

41 Zipkes 52; Egger 386 N 22; Kaufmann 386 N 13.

42 Egger 386 N 35; nicht zwingend nach Kaufmann 386 N 13 und Zipkes 52; vgl. kantonale Instanzen und BGer. in ZVW 29 74 und 79; Für Verfahren und Auskunftspflicht insbes. gilt das in § 37. A. I. 5. Gesagte; nach SJZ 28 348 Nr. 77 kann ein Inventar erst nach rechtskräftiger Entmündigung oder vorläufigem Entzug der Handlungsfähigkeit und Ernennung eines vorläufigen Vertreters erfolgen, was doch nicht dem Zweck von ZGB 386 entspricht.

43 Egger 386 N 35; ZVW 4 145 Nr. 55; BGE 38 I 299 und 301; vgl. § 37. A. I. 3.; a.M. Zipkes 53; Hofmann 174; SJZ 9 287 Nr. 253; Kaufmann 386 N 13, vorsichtiger in N 15.

44 MBVR 11 10 ff.

45 ZVW 12 70 Nr. 25.

sind übrigens, wie vorstehend a) gesehen, zulässig — der Rechtsverwirkung ist es auch nicht weit her<sup>46</sup>.

### c) *Sperrung von Bankdepots<sup>47</sup> und Grundbuch<sup>48</sup>*

Ob die Vormundschaftsbehörde im Rahmen von ZGB 386 Grundbuchsperrern anordnen kann, ist umstritten. ZGB 960 Ziff. 1 erlaubt ihr dies wohl nicht, weil sie keine Behörde darstellt, die über Streit und Vollstreckung zu befinden hat. Möglich ist aber eine entsprechende Anweisung an die Grundbuchbehörde<sup>49</sup>.

Nach F. Delachaux<sup>50</sup> kann bezüglich Bankdepots die Vormundschaftsbehörde hier direkt mit der Bank verhandeln und von ihr Auskunft verlangen<sup>50a</sup>.

### d) *SchKG 47 II*

Ist die Handlungsunfähigkeit nicht manifest, beginnt die Wirkung von SchKG 47 II mit der Pendenz des Verbeiständungsverfahrens<sup>51</sup> und nicht mit Anordnung vorsorglicher Massnahmen<sup>52</sup>. Dabei muss eventuell SchKG 46 II vernachlässigt werden. Direkte Betreuung des Schuldners ist alsdann nichtig<sup>53</sup>.

Zustellungen an die Vormundschaftsbehörde bleiben zulässig, solange die Wahl des Beistandes nicht veröffentlicht (vgl. ZGB 375 III) und dieser dem Betreibungsamt nicht ohnehin bekannt ist<sup>54</sup>.

Im Falle von SchKG 47 II muss die Vormundschaftsbehörde sofort die nötigen Schritte tun oder veranlassen<sup>55</sup>.

46 Vgl. § 37. A. I. 6.

47 Hofmann 167 f.

48 Kaufmann 386 N 13; ZR 24 334 Nr. 185; Hans Eugen Müller: Zur Frage der Grundbuchsperrung im geltenden schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1942, S. 54 f.; eingehend Hans Michael Riemer: Zur Frage der Zulässigkeit von Grundbuchsperrern, in: ZBGR 57 65 ff., der dies S. 70 f. in diesem Zusammenhang fragwürdig findet.

49 SJZ 68 362 Nr. 219 und 66 106 E 3; BGE 57 II 7 ff.; Egger 386 N 22 und 24; Hofmann 174; ZVW 27 110 f.; a.M. ZBGR 43 321 f.

50 In: Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens der Schweiz, 3. Auflage, Thun 1977, S. 142.

50a Während sonst Auskünfte nur an den Beistand oder durch seine Vermittlung zu erteilen seien; vgl. zu dieser unzutreffenden Einschränkung § 37. A. I. 5. b).

51 Vgl. zur Pendenz auch BGE 50 II 98, 51 II 21 f.; ZBl 14 273; Anm. 27.

52 So noch BGE 25 I 299, 30 I 429 ff.; Jaeger 47 N 7.

53 Jaeger 47 N 5.

54 Vgl. BGE 47 III 211 f.; ZBJV 71 41 f.

55 Jaeger 47 N 6 ff.; Jaeger/Daeniker 47 N 9; Egger 386 N 38; BGE 37 I 128 ff.; ZR 10 227 f.

Entsprechendes gilt vorbehältlich abweichender Bestimmungen auch für die Zustellung von Prozessurkunden<sup>56</sup>.

### 3. Wirkung der Massnahmen

Die Massnahmen äussern ihre volle Wirkung für und gegen den von der Vormundschaftsbehörde Vertretenen<sup>57</sup>. Wenn aber gesagt wird, dieser vermöge die betreffenden Handlungen weder mehr vorzunehmen, noch sie zu durchkreuzen, und er verliere im Bereich des behördlichen Handelns seine Dispositionsfähigkeit<sup>58</sup>, weil der Rechtsverkehr auf die Gültigkeit von Massnahmen der Vormundschaftsbehörde vertrauen können müsse<sup>59</sup>, so stimmt das insofern nicht, als dem Vertretenen im Rahmen von ZGB 386 I (im Gegensatz zu Abs. II) seine Handlungsfähigkeit nicht abhanden kommt. Die Vormundschaftsbehörde ist hier unmittelbarer gesetzlicher Vertreter<sup>60</sup>. Fehlten aber die Voraussetzungen für die Anwendung von ZGB 386 I, so wird die Anfechtung der erfolgten Rechtsgeschäfte möglich<sup>61</sup> und gegebenenfalls das Recht auf Fristrestitution zu gewähren sein<sup>62</sup>.

Zipkes<sup>63</sup> vertritt die Ansicht, dass bei einer Veröffentlichung – diese ist nur für ZGB 386 II vorgeschrieben – Massnahmen gegenüber gutgläubigen Dritten erst mit ihr wirksam werden. Dem ist nicht beizupflichten. Durch freigestellte Veröffentlichung kann der übliche Gutgläubensschutz nicht erhöht werden.

Mit der Wahl des Beistandes schliesslich fallen die angeordneten Massnahmen nicht dahin<sup>64</sup>, wohl aber, wenn kein Beistand bestellt, das Verfahren eingestellt oder ein Verbeiständungsbegehren endgültig abgewiesen wird. Ausgenommen davon bleiben definitive Anordnungen<sup>65</sup>.

### III. Anwendung von ZGB 386 II/III

M.E. kommt eine analoge Anwendung dieser Vorschriften in Betracht bei Unfähigkeit des Verwaltungsrats<sup>66</sup> und bei Interessenkollision, wenn Gefahr besteht, dass

56 Kaufmann 386 N 14; Zipkes 54 ff.

57 Egger 386 N 25; Zipkes 57; ZR 34 101 E 4; Hofmann 174 f.

58 Egger 386 N 25.

59 Zipkes 57 f.

60 Hefti 198, 213; Egger 386 N 25; Imhoff 10; Knapp 150.

61 Zipkes 58.

62 Kaufmann 386 N 15; a.M. Zipkes 58, der auf die Verantwortlichkeit der Vormundschaftsbehörde abstellt, was man aber auch schon gegen die Anfechtung vorbringen könnte.

63 59.

64 Knapp 45 f.

65 Zipkes 59.

66 Vgl. § 22. A. V.

der Gutgläubensschutz Dritter die AG verhindern würde, Handlungen des Verwaltungsrats anzufechten<sup>67</sup>.

## 1. Voraussetzungen

Nach vorläufiger Prüfung muss ein Verbeiständungsgrund vorliegen<sup>68</sup>, wobei auch hier ein gewisser Grad von Wahrscheinlichkeit genügt<sup>69</sup>. Die Vormundschaftsbehörde soll vom Vorhandensein eines Verbeiständungsgrundes überzeugt sein<sup>70</sup>. Ein Entscheid<sup>71</sup> fordert auch Anhörung. Das Gesetz schreibt hier aber keine vor. Man soll sich dennoch darum bemühen<sup>72</sup>, wenn die Umstände das nicht ausschliessen<sup>73</sup>.

Wiederum wird z.T. verlangt, das Verbeiständungsverfahren müsse nach kantonalem Recht eingeleitet sein<sup>74</sup> oder gleichzeitig eingeleitet werden<sup>75</sup>, doch dürfte auch hier genügen, dass die Einleitung unverzüglich erfolgt<sup>76</sup>.

Sachlich müssen ebenfalls dringend notwendige vormundschaftliche Geschäfte zu besorgen sein<sup>77</sup>. Nicht vorausgesetzt ist in diesem speziellen Fall aber die Notwendigkeit einer Gesamtfürsorge<sup>78</sup> oder ein Bedürfnis für einen vorläufigen Vertreter<sup>79</sup>, denn einmal kann auch hier die Vormundschaftsbehörde als Vertreter wirken<sup>80</sup>, und sodann geht es in casu eher negativ nur darum, den Verwaltungsrat an schädlichem Handeln zu verhindern (vorläufige Entziehung der Handlungsfähigkeit nach ZGB 386 II).

67 Vgl. § 22. B. I. 3. a.E.; Trüeb 40 für den Fall pflichtwidrigen Verhaltens des gesetzlichen Vertreters.

68 Egger 386 N 30; Kaufmann 386 N 23.

69 ZVW 23 138 E 1, 35 70 Nr. 5 E 2.

70 BGE 57 II 7 ff.; Imhoff 13 verlangt gewichtige und ausreichende Indizien.

71 ZVW 2 61 Nr. 29.

72 SJ 98 418 f.

73 SJ 86 554 f.; Egger 386 N 48.

74 ZVW 22 152 E 2, 24 67 E 1, 35 68 f.; a.M. richtigerweise Delessert 41 f. wegen Zwecks von ZGB 386.

75 Zipkes 63; SJZ 19 137 Nr. 104, 20 374 Nr. 254, 21 244 Nr. 61, 34 331 f.; Kaufmann 386 N 24; diesmal auch Egger 386 N 29.

76 ZVW 23 138 E 1, 20 149.

77 Egger 386 N 30; Kaufmann 386 N 25; Zipkes 65 f.; BGE 42 II 423; SJZ 20 374 Nr. 254, 34 331 f.; ZVW 12 68 E 1 f., 22 152 f.; Imhoff 13.

78 So die Zit. in Anm. 77.

79 So Kaufmann 386 N 31; Zipkes 75; Egger 386 N 34.

80 Curti 386 N 9.

## 2. Veröffentlichungen (ZGB 386 III)

Zwingend sind sie nur für Massnahmen nach ZGB 386 II vorgeschrieben<sup>81</sup>. Gutgläubigen Dritten gegenüber beginnt ihre Wirkung nicht vor Veröffentlichung<sup>82</sup>. Analog ZGB 440 muss auch das Ende der Massnahmen veröffentlicht werden, wenn eine Verbeiständung unterbleibt<sup>83</sup>. Gutgläubige Dritte sind wiederum bis zur Veröffentlichung geschützt. Zipkes<sup>84</sup> zitiert zur Begründung der Gegenmeinung ZGB 435 II, doch ist diese Vorschrift nur zugunsten eines vormundschaftlichen Schützlings und nicht zum Nachteil Dritter aufgestellt.

## 3. Massnahmen

Aus dem interimistischen Zweck und der möglichen Ablehnung der Verbeiständung folgt die Beschränkung der Massnahmen auf dringende und notwendige vormundschaftliche Geschäfte<sup>85</sup>. Für die einzelnen Massnahmen sei auf II. 2. vorne verwiesen<sup>86</sup>. Alle Anordnungen nach ZGB 398 ff. können notwendig werden<sup>87</sup>. So mag sich Hinterlegung empfehlen (ZGB 399), dagegen ist mit Massnahmen nach ZGB 400–404 wegen eventuell negativen Ausganges des Verfahrens äusserste Zurückhaltung zu üben. Auch hier wird prinzipiell ein Inventar aufzunehmen sein<sup>88</sup>, gegebenenfalls ein öffentliches<sup>89</sup>.

## 4. Vorläufiger Vertreter

Für seine Ernennung gelten grundsätzlich bereits die Regeln über die Bestellung des Beistandes<sup>90</sup>. Entscheidend ist die Eignung (ZGB 379 I), aber auch ZGB 382–384 und 387–390 müssen angewendet werden<sup>91</sup>, wobei sich Abweichungen ergeben mögen zur Vermeidung jedweder Verschleppung<sup>92</sup>. Der vorläufige Vertreter ist

81 Hofmann 167; Zipkes 93 f.; Egger 386 N 51; AGVE 1964 50 E 3; vgl. zur Veröffentlichung auch Kaufmann 386 N 42 f. und allg. § 34.

82 Zipkes 74; anders aber bei freiwilliger Veröffentlichung im Rahmen von ZGB 386 I, vgl. vorne II. 3. bei Anm. 63.

83 Kaufmann 386 N 52; Zipkes 82; vgl. allg. § 51. B.

84 85.

85 SJZ 15 245 Nr. 161; vgl. BGE 42 II 423 f.

86 Kaufmann 386 N 32.

87 Zipkes 77 f.

88 SJZ 28 347 f.; Imhoff 14 f.; a.M. Zipkes 78.

89 Egger 386 N 35 f.; a.M. Zipkes 78; Kaufmann 386 N 13; MBVR 11 10 ff.; Imhoff 14.

90 Kaufmann 386 N 31a und 40; MBVR 14 377 f.

91 Zipkes 77; Egger 386 N 34, insbes. 387 N 1 für Mitteilung der Wahl.

92 Rossel/Mentha I 545 ff.

vormundschaftliches Organ und hat grundsätzlich Rechte und Pflichten eines Beistandes<sup>93</sup>. Seine Handlungen — gegebenenfalls mit Zustimmung der vormundschaftlichen Behörden nach ZGB 419 II — haben die gleiche rechtliche Wirkung wie diejenigen eines definitiven Beistands<sup>94</sup>.

Der vorläufige Vertreter ist an sich auch gesetzlicher Vertreter i.S. von SchKG 47 I<sup>95</sup>, dessen Nichtbeachtung Nichtigkeitsfolge hat<sup>96</sup>, doch dürfte bei juristischen Personen SchKG 46 II der Vortritt zu gewähren sein.

Ist das Provisorium nicht mehr nötig, so muss der vorläufige Vertreter dessen Aufhebung beantragen, auch wenn ein Verbeiständungsverfahren noch hängig ist. Nach Beendigung seiner Tätigkeit hat er analog ZGB 451 Bericht und Rechnung abzulegen, er werde denn definitiver Beistand<sup>97</sup>. Für die Entschädigung gilt ZGB 416<sup>98</sup>.

## 5. Ende der Massnahmen nach ZGB 386 II

Sie enden, wenn der endgültige Beistand sein Amt angetreten hat bzw. ipso iure bei Einstellung des Verbeiständungsverfahrens oder rechtskräftiger Abweisung eines Verbeiständungsbegehrens<sup>99</sup>.

Fällt das Bedürfnis nach diesen Massnahmen vorher fort, müssen sie aufgehoben werden<sup>100</sup>, wobei ZGB 433 sinngemässe Anwendung findet<sup>101</sup>. Es mögen alsdann etwa Massregeln nach ZGB 386 I genügen.

Ende und Aufhebung der Massnahmen haben keinen Einfluss auf von und gegenüber dem vorläufigen Vertreter vorgenommene Rechtshandlungen<sup>102</sup>.

93 Zipkes 75 f.

94 Zipkes 71; Imhoff 15: auch wenn keine Beistandschaft zustande kommt — das ist ein Postulat der Verkehrssicherheit; Kaufmann 386 N 32; Egger 386 N 37.

95 ZBJV 67 606; Egger 386 N 38.

96 Jaeger 47 N 5.

97 MBVR 12 164 f.; SJZ 27 132 Nr. 103; ZVW 23 111 f. = SJZ 65 361 f. will selbst hier ZGB 451 anwenden, die Aufhebung der Massnahme im übrigen aber nicht von einem Verfahren nach ZGB 451 ff. abhängig machen.

98 MBVR 11 489; Egger 386 N 37; Zipkes 79; Kaufmann 386 N 33; vgl. allg. § 38. B.

99 Kaufmann 386 N 50; SJZ 27 132 Nr. 103; Egger 441 N 4; Zipkes 80; vgl. auch ZVW 20 149.

100 ZVW 22 153 Nr. 24 E 2.

101 Kaufmann 386 N 51.

102 Rossel/Mentha I 545 ff.; Zipkes 81 ff.

## IV. Gemeinsame Grundsätze für ZGB 386

### 1. Zuständigkeit

Sachlich zuständig für alle Massnahmen ist kraft Bundesrechts immer die Vormundschaftsbehörde<sup>103</sup>. In dringenden Fällen mag ihr Präsident als zuständig erklärt werden, bei Gefahr im Verzuge muss er handeln – mit nachheriger Genehmigung durch die Vormundschaftsbehörde<sup>104</sup>.

Örtlich hat diejenige Vormundschaftsbehörde provisorisch einzugreifen, in deren Kreis das Bedürfnis auftritt<sup>105</sup>. Sie muss alsdann die zur Verbeiständung zuständige Behörde<sup>106</sup> ungesäumt benachrichtigen, welche über das Schicksal der Massnahmen beschliesst. Die zuständige Behörde kann auch eine andere Vormundschaftsbehörde mit Einschreiten beauftragen<sup>107</sup>.

### 2. Verfahren

Schnelligkeit ist ein wesentlicher Grundzug desselben. Das Verfahren bestimmt sich aus ZGB 386, und Vorschriften des o. Verfahrens finden nur Anwendung, soweit sie damit verträglich sind<sup>108</sup>.

Das Anzeigerecht unterliegt keiner Beschränkung. Antragsberechtigt ist jeder Interessierte<sup>109</sup>. Die Vormundschaftsbehörde hat aber schon von Amtes wegen die notwendigen Massnahmen zu treffen und deren Voraussetzungen zu untersuchen<sup>110</sup>. Die Massnahmen werden durch Beschluss der Vormundschaftsbehörde ausgelöst. Sind die Voraussetzungen dafür gegeben und liegt Gefahr im Verzuge, können sie auch ohne formellen Beschluss angeordnet werden, doch ist ein solcher nachzuholen<sup>111</sup>.

Die Kosten für die Massnahmen trägt der zu Verbeiständende oder ein verantwortliches vormundschaftliches Organ<sup>112</sup>. Die Verantwortlichkeit der Vormund-

103 SJZ 15 245 Nr. 161, 27 132 Nr. 104, 29 151 Nr. 105; Hofmann 176; BGE 86 II 142 E 3; Zipkes 86 f.; Kaufmann 386 N 18 und 34.

104 Egger 386 N 39 f.; ZVW 23 30 E 2; vgl. Hofmann 168; für generelle Zulässigkeit dieses Verfahrens ZBI 12 250 und Zipkes 88.

105 Vgl. Margareta Weilenmann: Die zivilrechtlichen Verhältnisse der bevormundeten Schweizer im Auslande, Diss. Zürich 1929, S. 10 f.; BGer. in ZVW 35 117 E 3 für den Fall eines Wohnsitzwechsels während des Verbeiratsungsverfahrens.

106 Nur diese ist nach ZVW 14 28 Nr. 9 auch zu Massnahmen nach ZGB 386 befugt.

107 Kaufmann 386 N 16; Zipkes 89 f.; BGer. in ZVW 19 144 Nr. 28 E 3.

108 Egger 386 N 46; MBVR 16 491 ff.

109 A.M. offenbar Egger 386 N 47 i.V.m. 373 N 39 ff.

110 Kaufmann 386 N 19; Egger 386 N 47; Zipkes 91 f.

111 Egger 386 N 50 i.V.m. N 40.

112 ZVW 12 24; Zipkes 93.

schaftsbehörde richtet sich nach ZGB 426<sup>113</sup>, desgleichen diejenige des vorläufigen Vertreters<sup>114</sup>.

## § 27. Handeln des Richters bei Prozessunfähigkeit der AG

### A. Tatbestand

Prozessunfähigkeit<sup>1</sup> einer AG liegt dann vor, wenn eine ins Recht gefasste Gesellschaft der ordentlicherweise zur Vertretung und Prozessführung berechtigten Organe entbehrt. Das betrifft aber nur Passivprozesse.

Wird eine klägerische AG organlos, ist wohl die Klage wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung von der Hand zu weisen, wobei allerdings der AG u.U. Gelegenheit zur Neubestellung ihrer Organe zu geben ist<sup>2</sup>.

### B. Notwendigkeit der Behebung des Mangels

Bei Prozessunfähigkeit des Beklagten darf nicht einfach auf die Klage nicht eingetreten werden<sup>3</sup>. Es ist gegenteils mit allen zulässigen Mitteln dafür zu sorgen, dass der Prozess fortgeführt werden kann, denn von Bundesrechts wegen müssen die Kantone dafür sorgen, dass im Privatrecht begründete Rechte tatsächlich durchgesetzt werden können.

Die AG darf auch nicht einfach als säumige Partei behandelt werden, sondern muss ihre Rechte im hängigen Prozess wahren können<sup>4</sup>. Dies fordert der Anspruch auf rechtliches Gehör (BV 4).

Schon die Zustellung der Vorladung ist ja unmöglich, wenn es an prozessführungsberechtigten Organen gebricht. Nicht gehörige Ladung bedeutet aber bereits Verweigerung des rechtlichen Gehörs<sup>5</sup>.

113 BGE 57 II 4, 7, 10; Lüscher 80; Zellweger 24 f.

114 Zipkes 79, 97; Imhoff 15 f.; Kaufmann 426 N 4; Egger 426 N 6, 9.

1 Vgl. zur Partei- und Prozessfähigkeit Guldener 124 ff.; Max Kummer: Grundriss des Zivilprozessrechts nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 3. Auflage, Bern 1978, 62 ff.; Walder 123; Hans Sträuli/Georg Messmer: Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1976, 27 f. N 1 f.; Ottomann 4, 19, 22.

2 Ottomann 23 und Anm. 25.

3 So Hans Ulrich Walder: Prozess erledigung ohne Anspruchsprüfung nach zürcherischem Recht, Zürich 1966, S. 14.

4 ZR 69 50 f.

5 Elsa Sigg-Meierhans: Staatsrechtliche Beschwerde und kantonales Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1973, S. 74 f.

Deshalb muss der Richter eingreifen. Sein Vorgehen bestimmt sich gemäss BV 64 III nach kantonalem Recht (Ausnahme OR 706 III)<sup>6</sup>.

### C. Lösungsmöglichkeiten

#### I. Einbezug von Generalversammlung oder Kontrollstelle?

Dies ist abzulehnen<sup>7</sup>.

#### II. Bestellung eines besonderen Prozessvertreters<sup>8</sup>

Von Bundesrechts wegen gilt dies für die Anfechtung von GV-Beschlüssen durch die Verwaltung nach OR 706 III. Eine analoge Anwendung auf andere Fälle<sup>9</sup> ist aber abzulehnen, weil einerseits das richterliche Mitwirkungs- und Eingriffsrecht im Bereiche der AG auf die ausdrücklich normierten Fälle beschränkt bleiben muss<sup>10</sup> und es sich andererseits doch um eine kantonal-, nicht um eine bundesrechtliche Frage<sup>11</sup> handelt.

Fehlt im Prozessrecht eine gesetzliche Grundlage für die Bestellung eines Prozessvertreters, darf dies m.E. nicht in (vermeintlicher) Lückenfüllung dennoch geschehen<sup>12</sup>, weil eine Lücke gar nicht besteht, sondern dann eben ein Beistand zu ernennen ist. Ottomann<sup>13</sup> anerkennt dies denn auch als die beste Lösung, weil sie allein eine gesetzliche Grundlage hat und zudem oft neben der Prozessführung noch andere Massnahmen getroffen werden müssen.

#### III. Beistandsernennung nach ZGB 393 Ziff. 4

Dies stellt nun keine ausserbeistandschaftliche Alternative mehr dar, doch mag hier noch die Frage einer Anzeigepflicht des Richters interessieren. Eine solche statuiert

6 Ottomann 27 f.

7 Ottomann 32 f.; vgl. § 25. A. I. 2. f.

8 Vgl. BGE 71 I 385 f.

9 So Wilfried Bertsch: Die Auflösung der AG aus wichtigen Gründen, Diss. Zürich 1946, S. 168.

10 Vgl. Werner Hagmann: Das Mitwirkungs- und Eingriffsrecht des Richters im Bereiche der AG, Bern 1939, S. 78.

11 Ottomann 33 Anm. 74; vgl. bei Anm. 6.

12 So Ottomann 33.

13 30.

das Basler EG ZGB 93 Ziff. 3 i.V.m. 1 (daneben auch für Verwaltungsbehörden und ehemalige Organe)<sup>14</sup>. Egger<sup>15</sup> hält aber bereits von Bundesrechts wegen (ZGB 369 II i.V.m. 397 I) diese Pflicht für gegeben<sup>16</sup>. Dem ist auch wegen des vorne B. Ausgeführten zuzustimmen, und der Richter soll es nicht einfach dem Kläger überbinden, an die Vormundschaftsbehörde zu gelangen<sup>17</sup>.

## § 28. Abgrenzungen

### A. OR 625 II

#### I. Tatbestand

Wir können uns hier mit der Lit. auf das Fehlen der Verwaltung beschränken. Das Fehlen der Kontrollstelle wird wohl kaum je einen Richter zur Auflösungsverfügung hinreissen, und das Absinken der Aktionäre unter die Mindestzahl konstituiert kein Fehlen der Organe i.S. von ZGB 393 Ziff. 4.

Das Fehlen der Verwaltung wird hier gleich umschrieben wie im ZGB, insbes. genügen auch dauernde Untätigkeit oder Unerreichbarkeit<sup>1</sup> sowie gegenseitige Behinderung<sup>2</sup>. Da OR 625 II keine anderweitige Sorge für die Verwaltung erwähnt, könnte sein Tatbestand noch vor demjenigen in ZGB 393 Ziff. 4 erfüllt sein, doch würde wiederum kaum ein Richter zur Auflösung schreiten, wenn die Verwaltung tatsächlich funktioniert.

#### II. Verhältnis von OR 625 II und ZGB 393 Ziff. 4

OR 625 II darf man nicht so auslegen, dass dadurch ZGB 393 Ziff. 4 gegenstandslos würde. Es müsste ja sowieso, wenn sich jenes Verfahren in einem Zivilprozess abwickeln sollte, der AG als Beklagter ein Vertreter bestellt werden. Das kann – vorbehaltlich des in § 27. C. II. Ausgeführten – nur ein Beistand sein<sup>3</sup>, der auch ver-

14 Nach Kaufmann 397 N 28 und Ottomann 30 Anm. 58 unbedenklich; der von Egger 397 N 2 erwähnte Waadtländer EG ZGB 98 statuiert m.E. keine Anzeigepflicht.

15 397 N 2; vgl. Kaufmann 397 N 9; a.M. Schrott 77; Trüb 63; Ottomann 30.

16 I.d.S. auch Guldener 254 und dort Anm. 80.

17 So ZR 69 50 und Ottomann 30 Anm. 59.

1 Siegwart 625 N 44; Charles Metzler: Die Auflösungsgründe im Bereich der AG, Diss. Bern 1948, S. 12.

2 Schucany 625 N 5.

3 Bachtler 220; Walter René Schlupe: Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Diss. St. Gallen 1955, S. 105 Anm. 44; Hagmann (zit. § 27 Anm. 10); Patry II 272; nach von Steiger 37 führt ZGB 393 Ziff. 4 nebst HRV 86 II und 89 schneller zum Ziel als OR 615 II; vgl. auch Funk 625 N 2 III; Schucany 625 N 5, 7.

suchen mag, den gesetzmässigen Zustand wiederherzustellen<sup>4</sup>. Führen letztere Bemühungen zu nichts, kann die Auflösung angeordnet werden<sup>5</sup>. Abzulehnen ist, dass der Richter unter dem Titel vorsorglicher Massnahmen der AG einen Sachwalter bestelle<sup>6</sup>, da dies wiederum einen Eingriff in den Gesellschaftsorganismus bedeutete, der nur in gesetzlich ausdrücklich erwähnten Fällen (OR 725 IV) zugelassen werden kann<sup>7</sup>. Auch einen Verkehr mit den Aktionären<sup>8</sup> haben wir ausgeschlossen<sup>9</sup>. Völlig aus der Luft gegriffen ist schliesslich die richterliche Bezeichnung einer physischen Person, welche innert einer bestimmten Frist eine GV zur Bestellung der fehlenden Organe einzuberufen habe<sup>10</sup>.

OR 625 II und ZGB 393 Ziff. 4 stehen demnach nicht in Konkurrenz.

## B. OR 736 Ziff. 4

### I. Tatbestand

Wichtige Gründe i.S. dieser Vorschrift liegen u.a. auch vor, wenn mit oder ohne Verschulden der Mehrheit der Aktionäre die GV dauernd beschlussunfähig<sup>11</sup> oder der Verwaltungsrat dauernd handlungs- und beschlussunfähig geworden ist<sup>12</sup>.

Vor der Klage muss allerdings regelmässig der Versuch gemacht werden, den Missstand mit weniger einschneidenden statutarischen oder gesetzlichen Mitteln zu beseitigen<sup>13</sup>, worunter m.E. auch ZGB 393 Ziff. 4 zu subsumieren ist. Immerhin darf OR 736 Ziff. 4 nicht als absolut subsidiär aufgefasst werden<sup>14</sup>. Die Einschränkung des Klagerechts hat seinen Grund darin, dass durch die Auflösung die Interessen weiter Kreise, wie der Arbeitnehmer und Geschäftspartner der AG<sup>15</sup>,

4 Siegwart 625 N 45; Metzler l.c. 13; a.M. SJZ 48 289 f., weil sonst die Auflösungsklage hinfällig würde.

5 Forstmoser/Meier-Hayoz 171 N 24.

6 So Funk 625 N 3 und Schucany 625 N 8 nebst Beispielen zulässiger Art wie Inventaraufnahme.

7 Vgl. § 27. C. II.

8 So Funk 625 N 2 III; Schucany 625 N 5.

9 Vgl. § 25. A. I. 2.

10 So Schucany 625 N 7.

11 Rolf Schoch: Die Zweimann-AG, Probleme bei gleichem Aktienbesitz, in: SAG 32 225 ff., 229 f. mit Zit. der einstimmigen und eindeutigen Lehre und Rechtsprechung; Patry II 270 f.

12 Bürgi 736 N 51; Funk 736 N 5 V; Forstmoser/Meier-Hayoz 277 N 19.

13 Schucany 736 N 5 II; Schluep (zit. Anm. 3) 106, 345; BGE 105 II 125 E 6c, 104 II 35 E 1a, 84 II 47 f., 67 II 166; Patry II 270; Funk 736 N 5 I.

14 Bürgi 736 N 43; Bertsch (zit. § 27 Anm. 9) 49 ff.; BGE 105 II 125 E 6c, 126 E 6d: Dem Kläger ist etwa nicht zuzumuten, Jahr für Jahr richterliche Hilfe zu beanspruchen; a.M. ZR 39 213 Nr. 96.

15 BGE 104 II 35 E 1a; Forstmoser/Meier-Hayoz 276 N 17; vgl. von Steiger 336 f.

ja eventuell der Öffentlichkeit allg., betroffen werden, so dass bei grossen Publikumsgesellschaften eine Auflösung praktisch ausgeschlossen ist<sup>16</sup>.

## II. Verhältnis von OR 736 Ziff. 4 zu ZGB 393 Ziff. 4

Wieder zeigt sich, dass die beiden Vorschriften sich nicht in Konkurrenz befinden. Bei OR 736 Ziff. 4 besteht erst einmal das Quorum-Erfordernis für die Aktivlegitimation und dann ist der Ausgang der stets vorzunehmenden Interessenabwägung ungewiss<sup>17</sup>. Zudem greift ZGB 393 Ziff. 4 in einem früheren Stadium ein. Und schliesslich kann auch bei bewilligter Auflösung eine Verbeiständung mangels Organen in Frage kommen<sup>18</sup>.

## C. HRV 89

Eine AG kann nur dann gemäss HRV 89 I gelöscht werden, wenn sie vollständig liquidiert ist<sup>19</sup>. Sind alle Organe und Vertreter weggefallen, ist aber noch Vermögen vorhanden<sup>20</sup>, so hat die Vormundschaftsbehörde die AG gemäss ZGB 393 Ziff. 4 unter Beistandschaft zu stellen<sup>21</sup>. Je nach den Umständen fällt dem Beistand die Aufgabe zu, die AG zu liquidieren<sup>22</sup>.

Ist die AG aber vollständig liquidiert, so muss sie von Amtes wegen gelöscht werden, und es sind demnach keinerlei Verwaltungshandlungen mehr vorzunehmen. Mithin stehen auch HRV 89 und ZGB 393 Ziff. 4 nicht in Konkurrenz.

## D. OR 711 IV/HRV 86

Vgl. hiezu § 22. A. IV.

16 BGE 105 II 128 f.; Pierre Tercier: La dissolution de la société anonyme pour justes motifs (art. 736 ch. 4 CO), in: SAG 46 67 ff., 73; vgl. ders. in SAG 51 69 ff. und 52 79 ff.

17 BGE 105 II 124 f.

18 A.M. Funk 736 N 5 VI, der hier völlig unmotiviert eine über OR 741 hinausgehende Kompetenz des Richters annimmt, Liquidatoren zu bestellen; vgl. § 22. A. XIX.

19 BGE 55 I 136, 195 f., 351.

20 Vgl. § 11.

21 Bachtler 219.

22 BGE 94 I 564 f.; Patry II 273 f.

### III. TEIL

## Anordnung der Beistandschaft

### 1. Kapitel

### Verfahren

#### § 29. Antragsrecht

##### A. *Abgrenzung gegenüber Anzeige*

Nach allg. Grundsätzen ist jedermann berechtigt, der Vormundschaftsbehörde das Vorliegen eines Falles von ZGB 393 Ziff. 4 anzuzeigen<sup>1</sup>; dagegen ist das Antragsrecht für Verbeiständung beschränkt<sup>2</sup>. Wohl hat die Vormundschaftsbehörde wegen des Offizialprinzips<sup>3</sup> auch auf begründete Anzeige hin tätig zu werden, doch stehen dem Anzeiger im Unterschied zum Antragsteller keinerlei Parteirechte zu<sup>4</sup>, so dass nicht gesagt werden kann, es komme auf die Legitimation zur Gesuchstellung nichts an<sup>5</sup>.

##### B. *Bundesrecht und kantonales Recht*

Das ZGB enthält keine Bestimmung über das Recht von Drittpersonen, eine Beistandschaft zu beantragen; die Legitimation hiezu deswegen aber als dem kantonalen Verfahrensrecht angehörend zu betrachten<sup>6</sup>, geht nicht an, ist doch die Legitimation zur Sache eine Frage des mat. und damit des Bundesrechts<sup>7</sup>.

1 Kaufmann 397 N 28.

2 Hauser 83.

3 Vgl. § 30.

4 Vgl. auch § 9. C. II.

5 So SJ 91 196 E I.

6 So Kaufmann 373 N 26 mit Zit.; BGer. in ZVW 19 66 E 1.

7 Hauser 82 f.; dann kann aber das kantonale Recht den Kreis der Legitimierten auch nicht ausdehnen, wie er behauptet.

## C. *Kreis der Legitimierten*

### I. *Ausdehnung*

Die Aktivlegitimation zum Begehren um Beistandsbestellung<sup>8</sup> nach ZGB 393 Ziff. 4 hängt davon ab, ob der Gesuchsteller ein rechtlich relevantes Interesse hat, dass die AG nicht ohne Verwaltung sei<sup>9</sup>. Wenn aber weiter gesagt wird, dies treffe zweifellos für Aktionäre und Gläubiger<sup>10</sup> der AG zu<sup>11</sup>, so stimmt das in dieser allg. Form nicht; vielmehr kommt es auf den Einzelfall an. I.d.S. werden etwa noch erwähnt Vertrags- oder Prozessgegner<sup>12</sup>, die Kontrollstelle, der Richter<sup>13</sup>, der Handelsregisterführer<sup>14</sup>, das Betreibungsamt<sup>15</sup>, das Grundbuchamt, ja allg. Behörden<sup>16</sup>. Dem möchte ich noch GV und Verwaltung beifügen, ja überhaupt jedermann, dem durch die Verwaltungslosigkeit ein Schaden droht<sup>17</sup>. Im Rahmen der Anwendung von ZGB 393 dürfen die vormundschaftlichen Behörden behauptete Rechte nur als Vorfrage und ohne rechtliches Präjudiz für einen allfälligen Zivilstreit beurteilen, wobei sie sich mit deren Glaubhaftmachung begnügen müssen, andernfalls Gefahr besteht, dass wirklich legitimierte Personen nicht erkannt und deren Interessen verletzt würden<sup>18</sup>. Ein Eintreten hat aber zu unterbleiben, wenn ein angerufenes Recht unzweifelhaft nicht besteht oder nicht mehr geltend gemacht werden kann<sup>19</sup>. Im übrigen kommt auf den Zweck, welcher mit einem begründeten Antrag verfolgt wird, weiter nichts an<sup>20</sup>.

Schliesslich sei noch angemerkt, dass Bedingungen seitens des Antragstellers unzulässig sind; denn liegen die Voraussetzungen für eine Verbeiständung vor, so muss sie auf alle Fälle erfolgen<sup>21</sup>.

8 Ein solches lehnt Trüb 64 f. überhaupt ab.

9 Vgl. SJ 91 196; Bachtler 218.

10 Vgl. ZVW 3 76 Nr. 16; gegen jede Verbeiständung in Drittinteressen ZVW 28 158 f.

11 BGE 71 II 216; Funk 712 N I VI; Schrott 77.

12 Kaufmann 392 N 42; Egger 397 N 2.

13 von Waldkirch 26.

14 BGE 69 II 20.

15 BGE 62 III 123.

16 Egger 392 N 11; vgl. auch ZBGR 44 22: Richter.

17 Vgl. Bachtler 224.

18 BGE 71 II 216 f.; Schrott 77.

19 Egger 393 N 13; BGE 62 III 102.

20 BGE 51 II 265.

21 BGE 55 II 15; Egger 392 N 14; Schrott 78.

## II. Einschränkung

Die Beistandschaft hat nicht den Interessen derer zu dienen, die es in der Hand haben, der Verwaltungslosigkeit selbst abzuhelpen<sup>22</sup>. Es widerspräche Treu und Glauben (ZGB 2), wenn jemand in einer solchen Stellung einen Verbeistandungsantrag stellen dürfte. Hier ist auf die immer wiederkehrenden Formulierungen der Verschuldenstheoretiker zu verweisen<sup>23</sup>. Es darf aber keine Rolle spielen, dass den Antragsteller ein (zurückliegendes) Verschulden an der Verwaltungslosigkeit der AG trifft<sup>24</sup>. Für seine Legitimation ist ausschliesslich massgebend, dass er dem Mangel der Verwaltung nicht innert nützlicher Frist abzuhelpen vermag. Die Abhilfe muss zudem zumutbar erscheinen<sup>25</sup>.

### § 30. Tätigkeit der Vormundschaftsbehörde

#### A. Feststellung der Voraussetzungen

Die Vormundschaftsbehörde prüft, ob die Voraussetzungen von ZGB 393 Ziff. 4 vorliegen, gegebenenfalls auch die Aktivlegitimation eines Gesuchstellers<sup>1</sup>, und auf alle Fälle, ob aktivlegitimierte, schutzbedürftige Personen i.S. von § 24. C., § 21. und § 1. vorhanden sind. Dabei wendet sie die Offizialmaxime an<sup>2</sup>, m.E. in dem bei der Beschwerde<sup>3</sup> geschilderten Sinne.

Nochmals sei betont, dass die Vormundschaftsbehörde in ihren Untersuchungen nicht dem Entscheid von Gericht und Vollstreckungsbehörde vorgreifen darf<sup>4</sup>. Das kann aber nicht bedeuten, dass ihr bei Interessenkollisionen (und auch Stimmengleichheit) nur die Feststellung derselben zustehe, nicht dagegen eine Beurteilung, ob die Ausführung der blockierten Angelegenheit notwendig erscheine<sup>5</sup>, denn mat. Notwendigkeit ist Voraussetzung der Beistandschaft<sup>6</sup> und daher zu überprüfen.

22 Vgl. Trüeb 28; Pfander 20; BGE 40 II 175 ff., 51 II 103 ff.

23 Vgl. etwa § 22. A. II., V., IX. 3., X., XII. f., XIV. Anm. 94, XVII., XIX. und B. II. 1., C. II. 1.; § 23. und 24.

24 So Wehrli 143.

25 Vgl. § 24.

1 Schrott 79; Bachtler 224.

2 BGE 58 II 14 ff.; Schrott 76; Kaufmann 397 N 10; Sauter 7; SJ 91 197; vgl. Egger 397 N 2; offengelassen von MBVR 72 379 f. und BGer. in SJ 88 325 E 2c mit Zit. der befürwortenden Doktrin.

3 § 9. I. I.

4 BGE 51 II 266 f.

5 So Trüeb 41; ZVW 27 35 f.: dies werde der Beistand tun.

6 Vgl. ZGB 393 Ingress und Ziff. 4; § 21.

## B. Anordnung der Beistandschaft von Amtes wegen<sup>7</sup>

Liegen die Voraussetzungen dafür vor, so hat die Vormundschaftsbehörde eine Beistandschaft von Amtes wegen anzuordnen<sup>8</sup>.

Die die Anordnung der Beistandschaft rechtfertigenden Verhältnisse müssen im Zeitpunkt des Entscheides der Vormundschaftsbehörde bestehen und nicht nur bei Einleitung des Verfahrens<sup>9</sup>. Umgekehrt genügt es auch, wenn sie erst im Zeitpunkt eines Rechtsmittelentscheides gegeben sind<sup>10</sup>.

## C. Anordnungsbeschluss

Die Unterscheidung zwischen Anordnung der Beistandschaft und Bestellung des Beistandes<sup>11</sup> muss bei der Formulierung der Beschlüsse streng durchgeführt werden, schon wegen der Verschiedenheit der je gegebenen Rechtsmittel.

Der Anordnungsbeschluss hat den Zweck der Beistandschaft genau zu umschreiben<sup>12</sup> und bedarf der Motivierung<sup>13</sup>, wäre es auch nur, damit im Aufhebungsverfahren der Wegfall der Gründe beurteilt werden kann<sup>14</sup>. Mangels Motivierung ist eine Beistandschaft aufzuheben, weil angenommen werden muss, es hätten keine Gründe bestanden<sup>15</sup>. Es ist unzumutbar, dem Gesetz unbekannt und daher unzulässig, eine bedingte Verbeiständung auszusprechen<sup>16</sup> oder diese zeitlich zu beschränken<sup>17</sup>. Den Zwecken, welche damit verfolgt werden, genügt vollauf das Aufhebungsverfahren. Schliesslich soll eine rechtskräftig aus einem gesetzlichen Grund ausgesprochene Verbeiständung nicht durch einen neuen Anordnungsbeschluss auf einen später eingetretenen oder festgestellten Verbeiständungsgrund ausgedehnt werden<sup>18</sup>; ein solcher ist bloss zuhanden eines allfälligen Aufhebungsverfahrens gehörig festzustellen<sup>19</sup>, und die veränderten Verhältnisse und Bedürfnisse sind bei der Führung der Beistandschaft zu berücksichtigen<sup>20</sup>.

7 Kaufmann 393 N 44.

8 Schöff 76; Trüb 43, 62; Egger 392 N 14, 397 N 2; Sauter 7; BGE 51 II 266 f.; Kaufmann, Beistandschaft 41 und 47; Pfander 5, 48; Kaufmann 393 N 7; vgl. Guhl/Merz/Kummer 661; SJ 91 196 E I.

9 Kaufmann, Beistandschaft 43; BGE 71 II 217; Egger 393 N 29; vgl. Kaufmann 393 N 28; ZVW 31 73 E 2.

10 ZVW 29 66 E 3 = ZR 72 91 f.

11 Dazu hinten 2. Kapitel.

12 Kaufmann 397 N 11a; SJZ 19 103 Nr. 76.

13 ZVW 12 149, 25 26 E 1.

14 MBVR 49 117.

15 BGE 43 II 753; ZBJV 86 283 E 5b.

16 ZVW 5 25 E 3.

17 MBVR 59 426 E 2.

18 A.M. offenbar ZVW 5 97 f.

19 SJZ 31 379 Nr. 77; Kaufmann vor 369 N 9 f.

20 BGE 79 II 268 f., vgl. auch 68 II 358; Egger 392 N 8a, 439 f. N 2; Pfander 46; nachstehend § 45. A.; vgl. aber ZBJV 86 281 f.

## § 31. *Kantonales und Bundesrecht*

### A. *Bedeutung von ZGB 397 I*

Aus der Entstehungsgeschichte dieses Artikels ergibt sich, dass er sich sowohl auf ZGB 379–391 (so der Randtitel)<sup>1</sup> als auch auf 373 ff. (so der Text) bezieht<sup>2</sup>.

Zu ZGB 373 I ist allerdings negativ zu sagen, dass Art. 396 auch die sachliche Zuständigkeit abschliessend regelt<sup>3</sup>, so dass die Kantone nur noch festzulegen haben, wer Vormundschaftsbehörde sei. Dass ZGB 373 II auf die Beistandschaft Anwendung findet, macht OG 44e klar. Was ZGB 374 bzw. 375 betrifft, vgl. nachstehend B. bzw. § 34. B. und C.

Für das eigentliche Verfahren nun gilt vorwiegend kantonales Recht (ZGB 373 I i.V.m. 397 I)<sup>4</sup>. ZGB 397 I besagt allerdings nur, dass die bestehenden bundesrechtlichen Verfahrensvorschriften für die Bevormundung sich auch auf die Verbeiständung erstrecken, nicht aber, dass die kantonale Regelung für beide die gleiche zu sein hätte<sup>5</sup>. So können die Kantone das Verfahren bei Verbeiständung speziell ordnen, insbes. auch die Rechtsmittel<sup>6</sup>. Einige haben das getan, andere verweisen auf das Bevormundungsverfahren, die meisten äussern sich nicht zu dieser Frage. Bei Fehlen von Spezialvorschriften soll auf die allg. abgestellt werden, soweit dies bei einer AG tunlich ist<sup>7</sup>.

### B. *Anhörung (ZGB 374 I)*

#### I. *Anwendbarkeit auf AG*

Nach Kaufmann<sup>8</sup> muss ZGB 374 nur bei Beschränkung der Handlungsfähigkeit beobachtet werden und natürlich bloss dann, wenn eine Anhörung im Bereich des Möglichen liegt.

Das ist zweifellos dann nicht der Fall, wenn es der AG an vertretungsberechtigten Organen fehlt. Eine Anhörung ist aber m.E. nicht nur in den Fällen von Interessenkollision und untauglicher Verwaltung, wo in der Tat eine Art Entziehung der Handlungsfähigkeit stattfindet, geboten, sondern immer, wenn noch Verwaltungsorgane vorhanden sind, denn es handelt sich hier weniger um ein spezifisch vor-

1 Egger 397 N 1.

2 Sauter 6; Trüb 67; Kaufmann 397 N 1 f.; nach Egger 397 N 1 gilt nur ZGB 373.

3 Vgl. Kaufmann 397 N 4; § 3. B.; a.M. offensichtlich Egger 397 N 1 f.

4 Kaufmann, Kommentar S. 7 N 30; Bachtler 225 begründet die Geltung von ZGB 373 I mit 367 III.

5 BGE 38 II 16 f.; Kaufmann 397 N 3.

6 Sauter 6 f.; Kaufmann 397 N 5.

7 Schrott 78 f.

8 397 N 7.

mundschaftsrechtliches, als vielmehr um ein der Richtigkeit vormundschaftlicher Massnahmen i. allg. dienendes Institut und im übrigen um ein durchgehendes rechtsstaatliches Prinzip.

## II. Konkretisierung

### 1. Prinzipien

Das BGer.<sup>9</sup> hat das Anhörungsprinzip folgendermassen umschrieben:

- a) Dem Anhörungsberechtigten ist nicht nur vom Verbeiständungsantrag und dessen allg. Begründung, sondern von allen Einzel Tatsachen und den Beweismitteln dafür Kenntnis zu geben.
- b) Der Berechtigte muss in mündlicher Verhandlung<sup>10</sup> dazu Stellung nehmen, seinen abweichenden Standpunkt begründen und sofort oder innerhalb angemessener Frist Gegenbeweis antreten können<sup>11</sup>.
- c) Nach Abnahme angebotener erheblicher Beweise ist über die Verbeiständung zu entscheiden.
- d) Über alle diese Schritte muss genau Protokoll geführt werden.
- e) Der Entscheid ist, auch wenn noch nicht rechtskräftig, dem Verbeiständeten sofort schriftlich mitzuteilen<sup>12</sup>. Auf allfällige kantonale Rechtsmittel ist aufmerksam zu machen. Fehlt es der AG an Verwaltungsorganen, so soll m.E. der Verbeiständungsentscheid dem Beistand als Vertreter der AG zu deren Händen übergeben werden.  
Mit neuen Behauptungen und Beweismitteln vor einer oberen kantonalen Instanz ist nach den Punkten a—c zu verfahren, wobei die mündliche Verhandlung durch schriftliche Vernehmlassung ersetzt werden kann.
- f) Die allg. Grundsätze des Prozessrechts bezüglich rechtlichen Gehörs finden Anwendung. Der Anspruch aus ZGB 374 I deckt allerdings nicht allenfalls weitergehende Rechte aus BV 4<sup>13</sup>.

9 BGE 40 II 183 f.

10 SJ 95 391: ZGB 374 gibt keinen Anspruch auf schriftliche Vernehmlassung; Egger 374 N 12: rechtzeitige, schriftliche Vorladung (ebenso Kaufmann 374 N 11 f.) mit Angabe des Zweckes; wo persönliche Mitteilung möglich ist, genügt Aufbietung im Amtsblatt nicht.

11 Ähnlich Curti 374 N 4.

12 Ohne gültige Eröffnung erwächst der Entscheid nicht in Rechtskraft und laufen auch keine Fristen (ZVW 10 151 f.), wobei Annahmeverweigerung nach allg. Regel Zustellung bedeutet (ZVW 2 59 Nr. 27).

13 BGE 96 II 17 f.

Anhörung ist auch geboten vor Ablehnung eines Verbeiständungsbegehrens<sup>14</sup> oder bei Einwilligung in die Verbeiständung<sup>15</sup>.

Nach BGer.<sup>16</sup> kann die Anhörung nicht durch Dritte, sondern einzig durch die verbeiständende Behörde erfolgen. Kaufmann<sup>17</sup> hält dem zu Recht entgegen, dass dies eine Frage des kantonalen Rechts sei und dass zumindest bei grossen Distanzen rogatorische Einvernahme durch eine ersuchte Behörde zulässig sei.

Schliesslich darf auf Anhörung verzichtet werden, wenn von der Vernehmlassungsgelegenheit kein Gebrauch gemacht wird<sup>18</sup>.

## 2. Rechtsmittelverfahren

Ob eine Anhörung nach ZGB 374 I erfolgt ist, muss von Amtes wegen geprüft werden<sup>19</sup>. In BGE 40 II 182 f. handelt es sich aber nicht um verbindliche Rechtssätze, deren Nichtbefolgung zwingend zur Ungültigkeit einer ausgesprochenen Verbeiständung führt<sup>20</sup>. So genügt es, wenn erst im Laufe des kantonalen Verfahrens die Anforderungen von ZGB 374 I erfüllt werden<sup>21</sup>.

Wird aber unter diesen Vorbehalten ZGB 374 I verletzt, so ist ein Verbeiständungsentscheid zwar nicht nichtig<sup>22</sup>, aber anfechtbar<sup>23</sup> und aufzuheben ohne Rücksicht darauf, ob ein Verbeiständungsgrund vorliegt<sup>24</sup>.

14 MBVR 17 86.

15 Kaufmann 374 N 3; Egger 374 N 9.

16 BGE 41 II 654 f.

17 374 N 2, 9a.

18 Curti 374 N 4: keine Folge auf wiederholte Vorladung; Egger 374 N 13: Das Oficialprinzip verbietet aber eine Peremptorisierung; Kaufmann 374 N 15: Verbeiständung aber nur, wenn sich ein Grund hiefür unzweifelhaft aus den Akten ergibt; ZVW 14 21 f.: bei unentschuldigtem Nichterscheinen nach Angebot einer Verschiebung aus wichtigen Gründen und Androhung eines Aktenentscheides.

19 Vgl. Sauter 7.

20 Vgl. aber Anm. 12.

21 Vgl. BGE 84 II 147 f., 96 II 16 f.; Egger 374 N 14.

22 So Kaufmann 374 N 5, der sich aber in N 82 korrigiert; unklar Egger 374 N 11, der von Ungültigkeit spricht; richtig Curti 374 N 2: Ohne Anfechtung ist Verbeiständung rechtsgültig.

23 ZVW 10 151.

24 BGE 87 II 132 Nr. 18; SJZ 66 60 Nr. 23; Egger 374 N 11 mit älteren BGE; vgl. ZVW 31 73 E 2 = ZR 74 48 E 2; SJ 90 233; ZBJV 92 238; BVR 1978 295 f. und 320 E 3.

### C. OG 51 f.

Diese beiden Artikel gelten auch für das Verbeiständungsverfahren<sup>25</sup>. Sie sind v.a. für andere Parteien als den zu Verbeiständenden interessant, weil sie für letzteren kaum über das schon vorstehend B. Festgestellte hinausgehen.

### D. Rechtsmittelverfahren

#### I. Allgemein

Es gilt hier nicht eo ipso das Beschwerdeverfahren nach ZGB 420<sup>26</sup>, sondern die Kantone haben nach 397 I i.V.m. 373 I auch die Rechtsmittel zu bezeichnen<sup>27</sup>.

Was die Legitimation zur Weiterziehung betrifft, scheint mir sicher, dass ein Antragsteller bei Ablehnung der Verbeiständung den Rechtsweg beschreiten kann. Klar ist auch, dass dies wegen des Gebots von Treu und Glauben und des Verbots widerspruchsvollen Verhaltens demjenigen verwehrt bleibt, der erhalten hat, was er wollte, erfolgte nun eine Verbeiständung auf Antrag oder Einwilligung hin<sup>28</sup>. Probleme bereitet aber die

#### II. Legitimation zur Anfechtung einer Verbeiständung

Unbestritten ist, dass die hier zur Diskussion stehende Legitimation weder übereinstimmt mit jener nach ZGB 420 noch auch derjenigen, eine Beistandschaft zu beantragen<sup>29</sup>. Hielt das BGer.<sup>30</sup> aber zunächst fest, dass ein Anfechtungsrecht bestehe, wenn auch eine Legitimation nach ZGB 433 III vorläge, so entschied es kurz darauf<sup>31</sup>, dass Dritte überhaupt nie anfechten könnten. ZGB 433 III dürfe als Spezialvorschrift nicht ausdehnend ausgelegt werden. Das Gesetz wolle die Aufhebung nicht mehr gerechtfertigter Beistandschaft begünstigen, dagegen im Interesse des zu Verbeiständenden nicht deren Einrichtung erschweren<sup>32</sup>. Im ersteren Falle sei vormundschaftlicher Schutz bis zur Aufhebung gesichert, im letzteren bliebe man dagegen auf ZGB 386 angewiesen, was bei dringenden Geschäften zu

25 Egger 397 N 3, vgl. 373 N 58; Sauter 7.

26 Vgl. § 9. E. III. a.E.

27 Kaufmann 397 N 21; vgl. ZVW 12 149 E 1.

28 BVR 1978 295 f. und 320 E 3.

29 BGE 64 II 180; ZVW 20 139.

30 BGE 64 II 69 E 2.

31 BGE 64 II 181 f.; gl.M. ZVW 12 65 Nr. 22.

32 Hauser 86: Das hiesse, Unfehlbarkeit der Vormundschaftsbehörde zu fingieren.

schweren Inkonvenienzen führen könne<sup>33</sup>. Im übrigen erführen Interessierte meist erst bei Publikation von der Verbeiständung; in jenem Zeitpunkt sei sie aber bereits rechtskräftig<sup>34</sup>.

Diesen wenig überzeugenden Ausführungen hält Hauser<sup>35</sup> zu Recht entgegen, dass trotz der im Vordergrund stehenden Interessen des Verbeiständeten auch Rechte Dritter betroffen sein können. Für deren Legitimation lasse sich zwar keine allgemeingültige Regel aufstellen, doch sollte ihnen nach sorgfältiger Interessenabwägung allenfalls ein Anfechtungsrecht zugestanden werden.

## *E. Kosten*

Für amtliche und Parteikosten vor den kantonalen Instanzen gilt kantonales Recht<sup>36</sup>. So sind nach entsprechender kantonomer Vorschrift die Kosten der Verbeiständung von der betroffenen Person zu tragen<sup>37</sup>, auch wenn das Verfahren eingestellt wird, ja selbst wenn das BGer. eine Berufung gegen eine Verbeiständung gutheisst<sup>38</sup>. Allerdings hat die Vormundschaftsbehörde für schuldhaft widerrechtliches Vorgehen einzustehen<sup>39</sup>, und sie haftet nicht nach kantonalem Recht<sup>40</sup>, sondern nach ZGB 426, da sich die Zuständigkeit und in wichtigen Grundzügen auch das Verfahren aus dem Bundesrecht ergeben.

Was Kauttionen betrifft, so ist daran zu erinnern, dass die Beistandschaft nicht nur um privater Interessen willen, sondern allg. auch im Interesse der öffentlichen Ordnung angeordnet werden muss; demzufolge darf sie nicht von einer Kautionsleistung abhängig gemacht werden<sup>41</sup>.

33 Hauser 85: ZGB 386 genügt immer.

34 Hauser 85 f. schlägt hier vor, den Fristbeginn auf die Veröffentlichung anzusetzen, was nur eine Verzögerung um wenige Tage bewirke; dies geht m.E. denn doch nicht an.

35 87; vgl. auch seine Kritik in Anm. 32 ff.

36 BGE 84 II 684 E 4.

37 ZVW 12 241.

38 BGE 82 II 283 E 5.

39 MBVR 68 36 Nr. 11.

40 So ZVW 12 24 für Entmündigungen, da kantonales Recht zuständige Behörden und Verfahren bestimme; im übrigen weist er darauf hin, dass für das Aufhebungsverfahren die gleichen Grundsätze gelten.

41 Bachtler 225 f.; ZVW 1 109: Das gilt auch für die Aufhebung, ja allg. für die Tätigkeit der vormundschaftlichen Behörden; in dieser Richtung auch Kaufmann, Beistandschaft 48; vgl. auch ZBJV 87 113 ff.; a.M. SJ 91 200 für den Fall, da das zu verwaltende Vermögen noch nicht gefunden und festgestellt ist.

## 2. Kapitel

### Bestellung des Beistandes

Aus Entstehungsgeschichte und Randtitel folgt, dass ZGB 397 I auch auf 379–391 verweist. Die Anwendbarkeit dieser Artikel lässt sich aber ebensogut aus ZGB 367 III ableiten<sup>1</sup>, doch heisst das nicht, dass für die Wahl des Beistandes immer dasselbe gilt wie für den Vormund<sup>2</sup>. Vielmehr ist auch hier jeweils zu überlegen, ob eine Übertragung auf die Beistandschaft überhaupt möglich und bejahendenfalls zweckentsprechend ist.

Im übrigen ordnen die Kantone innerhalb der bundesrechtlichen Schranken das Verfahren<sup>3</sup>.

### § 32. Die einfache Beistandschaft

#### A. Voraussetzungen in der Person des Beistandes

##### I. Im allgemeinen (ZGB 379 I)

##### 1. Eignung

Wie für den Vormund, so gilt auch für den Beistand in erster Linie das Eignungserfordernis<sup>1</sup>. Bei der AG wird dies i. allg. grosse Geschäftserfahrung und gründliche juristische Kenntnisse erfordern, so dass v.a. höhere Funktionäre von Treuhandgesellschaften, Rechtsanwälte<sup>2</sup> und Notare in Frage kommen<sup>3</sup>.

1 Kaufmann 397 N 11.

2 So ZVW 19 146 E 2.

3 Trüb 71.

1 Kaufmann 397 N 12; Curti 397 N 3; Trüb 68; Egger 379 N 9; ZVW 19 146 E 2.

2 Schrott 80.

3 Kaufmann, Beistandschaft 47; Senn 87: Fachleute; Hefti 112 verlangt bei Geschäftsführung nach ZGB 403 zu Recht bes. Kenntnisse, während Good 49 f. dies mit einem zu generellen Hinweis auf Substitutionsmöglichkeiten in den Wind schlägt, weil m.E. doch auch zur Auswahl eines Substituenten ein lauterer Charakter allein nicht hinreicht.

## 2. Nur natürliche oder auch juristische Person?

Der Wortlaut von ZGB 379 I scheint eine juristische Person als Beistand auszuschliessen<sup>4</sup>. Noch weitergehend wird gesagt<sup>5</sup>, dass auch der jeweilige Inhaber eines bestimmten Amtes bei einer juristischen Person nicht Beistand sein könne. Als Grund wird die stark persönliche Natur des Amtes angegeben. Davon kann aber bei einer Verwaltungsbeistandschaft für eine AG kaum die Rede sein.

So halten dementsprechend Kaufmann<sup>6</sup> und Schrott<sup>7</sup> Bestellung einer juristischen Person – z.B. einer Treuhandgesellschaft – als Beistand für zulässig<sup>8</sup>, wenn sie auch eine natürliche Person vorziehen.

## II. Beistand des Vertrauens (ZGB 381)

ZGB 380 ergibt für eine juristische Person keinen Sinn<sup>9</sup> und es sollte auch vom Versuch einer Analogiekonstruktion Abstand genommen werden. Die enge Beziehung und Vertrautheit mit einer AG sind ausschliesslich unter dem Titel der Eignung (ZGB 379 I) zu würdigen.

Wohl aber findet ZGB 381 Anwendung<sup>10</sup>, solange eine AG noch Verwaltungsorgane besitzt. Begehren, auch solche negativer Art, müssen rechtzeitig vor der Wahl gestellt werden. Ein Formerfordernis besteht dabei nicht<sup>11</sup>. Die Vormundschaftsbehörde hat aber schon von sich aus den zu Verbeiständenden nach seinen Wünschen zu befragen<sup>12</sup>, d.h. der Anhörungsgrundsatz von ZGB 374 gilt auch hier<sup>13</sup>.

Berücksichtigt die Vormundschaftsbehörde einen geäusserten Wunsch nicht, so muss sie dem Wünschenden die Gründe dafür<sup>14</sup> eröffnen. Verbeiständeter und übergangene Person<sup>15</sup> haben alsdann ein Einsprucherecht nach ZGB 388<sup>16</sup>.

4 So denn auch Kaufmann 397 N 12; ablehnend auch Kissling 16; H.F. Pfenninger: Die Strafen an der Rechtsfähigkeit, in: ZSR 39 235 ff., 253; als nachteilig wird das von Senn 87 und Sauter 8 hingenommen.

5 Bokstaller 39 f.; vgl. Egger 367 N 9.

6 Beistandschaft 47.

7 79.

8 Auch von Steiger 32 f. und Egger 379 N 4 neigen dazu.

9 Das übersieht wohl Curti 397 N 3.

10 Curti 397 N 3; SJZ 35 232 Nr. 164.

11 Kaufmann 381 N 5 f.; Curti 381 N 6.

12 Egger 380 f. N 10; AGVE 1952 320 E 2: Bei Ablehnung ist Gelegenheit zu weiteren Vorschlägen zu geben.

13 Egger 374 N 9; vgl. SJ 90 233 f.; widersprüchlich Kaufmann 381 N 7; a.M. SJZ 35 232 Nr. 164, nach welchem es sich hier nur um eine Ordnungsvorschrift handelt.

14 Zu wichtigen Gründen i.S. des Gesetzes vgl. Egger 380 f. N 5; Kaufmann 381 N 8 i.V.m. 380 N 13a.

15 Egger 388 N 3; Kaufmann 388 N 9.

16 Kaufmann 381 N 11 f.

### III. Amtspflicht (ZGB 382)

ZGB 382 gilt auch für die Beistandschaft<sup>17</sup>, wobei bei einer AG naturgemäss von Verwandten und Ehemann keine Rede sein und Abs. II ebenfalls nicht praktisch werden kann. Mit guten Gründen wird aber bemerkt, dass es sich trotz Amtspflicht nicht empfiehlt, jemanden zur Übernahme zu zwingen<sup>18</sup>.

Unter Vormundschaftskreis ist der Jurisdiktionsbezirk einer einzelnen örtlichen Vormundschaftsbehörde zu verstehen. Wohnsitz (ZGB 23 ff., 56) innerhalb desselben begründet Amtspflicht unabhängig von anderweitigen in- oder ausländischen Bürgerrechten<sup>19</sup>. Entgegen Kaufmann<sup>20</sup> besteht die Verpflichtung auch für nach ZGB 384 an sich nicht wählbare Personen, denn es ist auch hier gemäss ZGB 388 ff. zu verfahren<sup>21</sup>. Für die Sanktionen bei Nichterfüllung der Pflicht vgl. hinten B. IV. 3. c).

### IV. Ablehnungsgründe (ZGB 383)

Auch ZGB 383 gilt für die Beistandschaft<sup>22</sup>. Der Artikel ist nicht abschliessend, statuieren doch auch ZGB 379 III und 415 III Ablehnungsgründe<sup>23</sup> und mögen solche des weiteren unter dem Gesichtspunkt mangelnder Eignung (ZGB 379) geltend gemacht werden<sup>24</sup>.

Ablehnungsgründe können allg. nicht bloss behauptet, sondern müssen bewiesen werden<sup>25</sup>.

Was ZGB 383 Ziff. 4 im besonderen betrifft, so sind Beistandschaften wie Vormundschaften anzurechnen<sup>26</sup> und soll bezüglich Zeitaufwands auf Persönlichkeits- und Berufsverhältnisse des Betroffenen Rücksicht genommen werden<sup>27</sup>.

Ablehnungsgründe müssen vor dem Ende der Ablehnungsfrist (ZGB 388 I) eintreten; andernfalls können sie in der Regel erst am Ende der Amtsdauer geltend gemacht werden (ZGB 443 II) und findet dann ZGB 415 keine Anwendung<sup>28</sup>.

17 Curti 367 N 10, 397 N 3; Sauter 9; Schroff 80; Kaufmann 397 N 14.

18 ZVW 3 141 f.; Kissling 17.

19 Kaufmann 382 N 5 f.

20 382 N 9.

21 Vgl. hinten V. und B. IV.

22 Kaufmann 397 N 14; Schroff 80; Curti 367 N 10, 397 N 3; a.M. bezüglich Ziff. 3 und 4 Trüb 71 und Sauter 9, wo die Vormundschaftsbehörde nach freiem Ermessen entscheiden könne, weil Beistandschaft i. allg. weniger belastend sei; m.E. ist auf ein solches Spiel nicht einzutreten, abgesehen davon, dass ich den Grund für die Beschränkung auf Ziff. 3 und 4 nicht ersehe.

23 Kaufmann 383 N 13.

24 Egger 383 N 1.

25 MBVR 59 130 E 1.

26 ZVW 5 32 Nr. 25.

27 Kaufmann 383 N 7; Egger 383 N 5.

28 Kaufmann 383 N 17 f.

## V. Ausschlussgründe (ZGB 384)

Diese sind ebenfalls auf einen in Aussicht genommenen Beistand anzuwenden<sup>29</sup>. Wird eine ausgeschlossene Person dennoch gewählt, so ist die Wahl nicht nichtig, sondern bloss nach ZGB 388 f. anfechtbar<sup>30</sup>. Die Vormundschaftsbehörde muss allerdings schon von Amtes wegen die Wahl als ungültig erklären und der Gewählte bei seiner Verantwortung die Ungültigkeit geltend machen<sup>31</sup>. Zu den einzelnen Ziffern:

1. Verbeiständung ist an sich kein Ausschlussgrund<sup>32</sup>, wird aber regelmässig Untauglichkeit i.S. von ZGB 379 I bedeuten<sup>33</sup>; auch Unmündige sind nicht wahlfähig<sup>34</sup> (vgl. ZGB 379 I). Der Entmündigung steht der vorläufige Entzug der Handlungsfähigkeit gleich<sup>35</sup> (ZGB 386 II).
2. Als Ergänzung hiezu ist auch StGB 53 zu beachten<sup>36</sup>, dessen Unfähigerklärung sich nicht nur auf den betreffenden Fall bezieht<sup>37</sup>.
3. Erforderlich ist ein dauernder Interessengegensatz; sonst greift bloss ZGB 392 Ziff. 2 Platz<sup>38</sup>.
4. Nach Egger<sup>39</sup> gilt Ziff. 4 auch für den Sekretär der Vormundschaftsbehörde, nach Kaufmann<sup>40</sup> bestimmt hier das kantonale Recht. M.E. kann beides nur dann stimmen, wenn gemäss kantonalem Recht der Sekretär Mitglied der Vormundschaftsbehörde ist.

Schliesslich wird richtigerweise gesagt<sup>41</sup>, dass auch Amtsenthebungs- (ZGB 445 I) zu Ausschlussgründen werden, wenn sie von Anfang an vorliegen.

29 Curti 367 N 10, 397 N 3; Sauter 9; Schroff 80; Kaufmann 397 N 14.

30 Curti 384 N 1 f.: Das französische "ne peuvent être tuteurs" geht deshalb zu weit; Lüscher 66; Peter Tuor/Bernhard Schnyder: Das Schweizerische ZGB, 9. Auflage, Zürich 1975, 297 Anm. 1; Streit 69; Kissling 36; widersprüchlich Kaufmann 384 N 15 ff.

31 Egger 384 N 2 f.

32 Curti 384 N 3.

33 Trüb 94 f.; Kissling 37; vgl. Pfander 39.

34 Egger 384 N 4.

35 Kaufmann 384 N 3.

36 Egger 384 N 1, 8.

37 Thormann/Overbeck 53 N 3; Werner Fröhlicher: Die strafrechtliche Entziehung der elterlichen Gewalt und der Vormundschaft mit bes. Berücksichtigung der zivilrechtlichen Grundlagen, Diss. Zürich 1934, S. 33.

38 Kaufmann 384 N 8; Egger 384 N 9.

39 384 N 10 nach SJZ 31 314 Nr. 244.

40 384 N 12.

41 Egger 384 N 12.

## B. Wahlverfahren

### I. Ernennung des Beistandes (ZGB 385 I)

ZGB 385 I gilt voll für die Beistandschaft<sup>42</sup>, währenddem Abs. II/III naturgemäss nicht in Betracht fallen.

Nicht einzusehen ist, wieso die Bestellung erst erfolgen dürfe, wenn die Verbeiständung rechtskräftig geworden ist<sup>43</sup>. Dies liegt nicht i.S. der Beförderlichkeit. Vor jenem Zeitpunkt allerdings beherrscht allenfalls ZGB 386<sup>44</sup> die Szene und kann der Beistand nicht als solcher tätig werden.

Wird die Vormundschaftsbehörde zufolge der auch hier obwaltenden allg. Ausstandsgründe beschlussunfähig, tritt die Aufsichtsbehörde an ihre Stelle<sup>45</sup>.

### II. Vorläufige Fürsorge (ZGB 386)

Vgl. § 26. B.

### III. Mitteilung der Wahl (ZGB 387 I)

ZGB 387 I gilt wörtlich für die Beistandschaft<sup>46</sup>. Die Mitteilung darin ist verschieden von der Übergabe des Amtes gemäss ZGB 391<sup>47</sup>. Ihre Wirkungen sind: Beginn der Verantwortlichkeit<sup>48</sup>, der Frist von ZGB 388 I und der Verpflichtung nach ZGB 389<sup>49</sup>. Die Schriftlichkeit hat übrigens nur Ordnungscharakter, d.h. mündliche Mitteilung verhindert den Eintritt der genannten Wirkungen nicht<sup>50</sup>. Es wird aber immerhin eine Mitteilung sein müssen und nicht blosses Erfahren von der Ernennung auf andere Weise.

42 Kaufmann 397 N 14; Schroff 79; Curti 397 N 2.

43 So Kaufmann 385 N 6; Egger 385 N 2; SJZ 28 347 f.; vgl. denn auch ZVW 12 37 E 2.

44 Vgl. dazu § 26.

45 Egger 385 N 1; MBVR 37 14 Nr. 6; Kissling 41: aber nicht – wie sie sagt – allg. beim Weiterzug nach ZGB 388 III, vgl. hinten IV. 2.

46 Kaufmann 397 N 17; Curti 367 N 10 und 397 N 2; Sauter 9; Schroff 80.

47 Kaufmann 387 N 2, 391 N 1; Curti 391 N 3; Kissling 45; vgl. hinten V.

48 Hefti 39 f.; Egger 389 N 2.

49 Kaufmann 387 N 4, 389 N 3 f.; so geht die Vermögensverwaltung nicht etwa erst nach der Inventaraufnahme auf den Beistand über, wie Zwingli 43 meint.

50 Egger 387 N 1 und 388 N 2; Hefti 37 f.; Kissling 44; SJZ 24 378 Nr. 315; BGE 53 II 201.

#### IV. Ablehnung und Anfechtung (ZGB 388–390)

ZGB 388–391 gelten unverändert für die Beistandschaft<sup>51</sup>. Wo zum Verfahren nicht Spezielles gesagt wird, finden die Regeln von ZGB 420 Anwendung<sup>52</sup>. Für die Anrufung des BGer. vgl. § 10.

##### 1. Geltendmachung (ZGB 388)

###### a) *Ablehnung (ZGB 388 I)*

Zur Ablehnung ist nur der gewählte Beistand berechtigt<sup>53</sup>. Den Beginn der Frist bestimmt allein die Mitteilung der Wahl und niemals irgendwelche Veröffentlichungen, wie man nach Kaufmann<sup>54</sup> meinen könnte. Die Frist läuft vom Tage nach Empfang der Mitteilung (vgl. OR 77 f.) und gilt als eingehalten, wenn ein Ablehnungsschreiben am zehnten Tag der Post übergeben wird<sup>55</sup>. Egger<sup>56</sup> hält nach ZGB 2 eine Ablehnung schon für vorher geboten, wenn der vorgesehene Beistand von der beabsichtigten Wahl früher Kenntnis erhält. Zumindest wird aber eine Unterlassung nie das Ablehnungsrecht ausschliessen. — Eine nachträgliche Ablehnung ist grundsätzlich unbeachtlich (ZGB 443 II), es sei denn, der Gewählte erscheine als untauglich (ZGB 379 I)<sup>57</sup>.

Ablehnungsgründe liefern ZGB 383, 379 III, 382 I für Frauen und nicht im Vormundschaftskreis wohnende Männer<sup>58</sup> und trotz Gesetzeswortlauts auch Untauglichkeit (ZGB 379 I)<sup>59</sup>, nicht jedoch starke familiäre und berufliche Beanspruchung<sup>60</sup>.

51 Curti 367 N 10, 397 N 2; Schrott 80; Sauter 9; Kaufmann 397 N 17; ZVW 3 117 Nr. 33 für ZGB 388 im bes.; ZVW 20 26 E 1 für ZGB 388 II.

52 Vgl. § 9., insbes. E. III.; Egger 388 N 4 ff.; SJZ 33 279 Nr. 200, 35 10 Nr. 3; Kaufmann 388 N 16.

53 Kaufmann 388 N 8; Lüscher 66; wohl auch Egger 388 N 1.

54 388 N 2.

55 Kaufmann 388 N 10.

56 388 N 1: Das gleiche gilt für Ausschlussgründe.

57 Egger 388 N 2.

58 Kaufmann 388 N 3; Egger 388 N 1.

59 Vgl. vorne A. IV.; a.M. ZVW 17 38 f.: Diese können nur Dritte nach ZGB 388 II geltend machen.

60 ZVW 27 109 Nr. 20, 17 38 f.

## b) *Anfechtung (ZGB 388 II)*

Für die Legitimation gilt dasselbe wie bei ZGB 420<sup>61</sup>. So ist etwa berechtigt der Gewählte selbst<sup>62</sup>, der Vormund des Gewählten (vgl. ZGB 384 Ziff. 1), eine Strafvollzugsbehörde<sup>63</sup>, aber auch mat. Interessierte, z.B. Gläubiger des Verbeiständeten<sup>64</sup>. Die Anfechtungsfrist beginnt am Tage nach Kenntnissnahme von Wahl und Anfechtungsgrund. Eine Veröffentlichung ist m.E. nicht nur nicht allein massgebend<sup>65</sup>, sondern überhaupt nicht.

Gesetzwidrigkeit umfasst die Fälle von ZGB 384 und Untauglichkeit (ZGB 379 I)<sup>66</sup>, wobei allerdings wegen bloss verschiedener Würdigung der Persönlichkeit bezüglich Eignung eine Gesetzwidrigkeit nicht behauptet werden kann<sup>67</sup>.

Für nachträglich eintretende Fälle<sup>68</sup> gilt ZGB 443 I.

## 2. Tätigkeit der vormundschaftlichen Behörden (ZGB 388 III, 390)

Ablehnung und Anfechtung sind bei der Vormundschaftsbehörde<sup>69</sup> mündlich oder schriftlich zu erklären<sup>70</sup>. Sie haben wegen ZGB 389 keine Suspensivwirkung, und einer Gutheissung kommt auch keine Rückwirkung zu<sup>71</sup>.

Wenn sich aus ZGB 388 ergibt, dass eine Beschwerde nach 420 gegen den Ernennungsbeschluss der Vormundschaftsbehörde nicht zulässig ist, so kann man doch nicht sagen, dass es kein Rechtsmittel gebe gegen einen die Ablehnung oder Anfechtung gutheissenden Beschluss der Vormundschaftsbehörde<sup>72</sup>. Hier gilt dann wohl ZGB 420 II.

Umstritten ist, ob die Aufsichtsbehörde die Wahl eines neuen Beistandes selbst vornehmen dürfe<sup>73</sup>. M.E. schliesst dies ZGB 390 II aus und müssen angesichts ZGB 386 und 389 auch keine Nachteile befürchtet werden.

61 ZVW 20 26 E 1; vgl. § 9. G.

62 Kaufmann 388 N 3 spricht nur von einer Anzeigepflicht.

63 Egger 388 N 3; vgl. vorne A. V. zu ZGB 384 Ziff. 2.

64 Rossel/Mentha I 547 N 813.

65 So Kaufmann 388 N 11; a.M. Hess, Vormundschaft 68.

66 Kaufmann 388 N 4 f.; Egger 388 N 3; ZBl 52 117; ZVW 2 62 Nr. 30: Hier taucht aber wieder das alte Gespenst der Beschränkung der Aufsichtsbehörde auf Überprüfung der Gesetzmässigkeit auf, was bei ZGB 379 I vollends keinen Sinn ergibt.

67 Hefti 38 f.

68 Und nicht bloss nachträglich bekannt werdende, wie Egger 388 N 3 sagt.

69 Egger 388 N 4.

70 BGer. in SJ 37 690 ff.; Kaufmann 388 N 12.

71 MBVR 48 278 Nr. 126; vgl. auch § 9. I. VII., K. III. bei Anm. 270.

72 So Kaufmann 388 N 16.

73 Bejahend Egger 388 N 5; SJZ 31 296 Nr. 235; ZVW 23 70 E 3; a.M. SJZ 25 168 Nr. 114; ZVW 4 137 Nr. 47, 31 109 E 1e und wohl Kaufmann 388 N 15.

Die Mitteilungspflicht in ZGB 390 I bezieht sich allenfalls auch auf die obere Aufsichtsbehörde und gilt auch zugunsten anfechtender Dritter<sup>74</sup>. Unter Entlassung ist in ZGB 390 II nicht Amtsenthebung i.S. von 389 zu verstehen, sondern bloss der die Anfechtung oder Ablehnung gutheissende Entscheid von Vormundschaftsbehörde oder Aufsichtsbehörde<sup>75</sup>. Um eine Lücke zu vermeiden, wird der ersternannte Beistand erst des Amtes enthoben, wenn es der nachernannte führen muss<sup>76</sup>.

### 3. Provisorische Amtsführungspflicht (ZGB 389)

#### a) *Inhalt*

Der Gewählte ist einstweilen Beistand und hat alle Rechte und Pflichten eines solchen (ZGB 398 ff.)<sup>77</sup>. Er darf<sup>78</sup> und muss sich m.E., analog ZGB 386 und 444, auf die unmittelbar notwendigen Geschäfte beschränken<sup>79</sup>. Konsequenterweise hat er auch eine Schlussrechnung einzureichen<sup>80</sup>, so dass der Verjährungsstreit zwischen Kaufmann<sup>81</sup> und Curti<sup>82</sup> insofern müssig ist<sup>83</sup>.

#### b) *Ausnahme*

ZGB 389 verpflichtet nicht zur vormundschaftlichen Geschäftsbesorgung absolut Unfähige wie Urteilsunfähige, dauernd Schwerkranke usw. Hier hat die Vormundschaftsbehörde, sofern nicht sofort ein neuer Beistand ernannt werden kann, nach ZGB 386 I selbst zu handeln<sup>84</sup>.

74 Kaufmann 390 N 2; Egger 390 N 1.

75 Kaufmann 390 N 3; a.M. Egger 390 N 2.

76 Ungenau Kaufmann 390 N 5: wenn Neuwahl getroffen ist; zu weit gehen Rossel/Mentha I 548 N 814, wenn sie den Zeitpunkt von ZGB 391 abwarten wollen.

77 Hefti 39: Dass ZGB 398–404 aber nur gelten, wenn ein Vorgänger fehlte, stimmt m.E. nur im Rahmen des nachstehend Ausgeführten.

78 Kaufmann 389 N 2; Egger 389 N 1.

79 Für Anwendung von ZGB 444 auch Curti 444 N 1; im übrigen stellt hier ZGB 444 eine Schranke dar, während der Artikel sonst ein Minimum bezeichnet.

80 Hefti 40.

81 389 N 4: Frist von ZGB 454 I beginnt ohne Schlussrechnung mit Mitteilung der Amtsenthebung.

82 389 N 3: Mangels Schlussrechnung gilt nicht ZGB 454 I, sondern OR 60 und 127 ff.

83 Vgl. zur Verjährung ohne Schlussrechnung § 44. A. I. 2.

84 Kaufmann 389 N 6.

c) *Erzwingung*

Zur Durchsetzung der Pflicht aus ZGB 389 wie schon derjenigen in ZGB 382 kann nach Kaufmann<sup>85</sup> das kantonale Recht Ordnungsstrafen vorsehen. Daneben verweist Egger<sup>86</sup> auch noch auf StGB 292. Mit kantonalen Ordnungsstrafen ist StGB 335 Ziff. 1 II angesprochen. Danach dürfen die Kantone aber bloss *ihr* Verwaltungsrecht schützen, es sei denn, das Bundesrecht enthalte für seinen Schutz einen Vorbehalt zugunsten der Kantone<sup>87</sup>, bzw. können sie verwaltungsrechtliche Bestimmungen sichern, welche bundesrechtliche Regelungen ergänzen<sup>88</sup>. ZGB 379 ff. enthalten indessen weder einen Vorbehalt, noch bedürfen sie, was die Pflicht betrifft, kantonalrechtlicher Ergänzung. Einen Ausweg bietet auch nicht das kantonale Beamten-Disziplinarstrafrecht – es ist zwar in StGB 335 nicht vorbehalten, steht aber den Kantonen zweifellos zu –, weil dieses mit Bundesrecht nicht in Widerspruch geraten darf<sup>89</sup>.

M.E. enthalten nämlich die auch hier anwendbaren Massnahmen von ZGB 445 ff. einen abschliessenden Sanktionskatalog. Operativ ist dagegen die Ungehorsamkeitsstrafe von StGB 292. Sie ist zwar subsidiär gegenüber speziellen Ungehorsamsstraftatbeständen<sup>90</sup>, aber nicht gegenüber den Mitteln des Verwaltungszwanges<sup>91</sup>.

V. *Amtsübergabe (ZGB 391)*

Zu guter Letzt ist auch ZGB 391 auf die Beistandschaft anzuwenden<sup>92</sup>.

Die Wahl ist endgültig getroffen

- nach Ablauf der Ablehnungsfrist,
- bei Annahme der Wahl durch den Beistand<sup>93</sup>,
- mit rechtskräftiger Ablehnung eines Rechtsmittels nach ZGB 388 I/II<sup>94</sup>,

85 382 N 10, 389 N 5.

86 382 N 4, 389 N 3; nebst OR 41.

87 Schwander 46 N 92.

88 Hans Schultz: Einführung in den allg. Teil des Strafrechts, Erster Band: Die allg. Voraussetzungen der kriminalrechtlichen Sanktionen, 3. Auflage, Bern 1977, 72; BGE 101 IV 213 ff.

89 Ernst Hafer: Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, Allg. Teil, 2. Auflage, Bern 1946, S. 36; O.A. Germann: Schweizerisches StGB, 9. Auflage, Zürich 1974, zu Art. 335.

90 Schwander 492 N 750; BGE 100 IV 52 f. mit weiterer Judikatur; Thormann/Overbeck 292 N 2; Germann l.c. zu Art. 292.

91 Günter Stratenwerth: Schweizerisches Strafrecht, Bes. Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 2. Auflage, Bern 1978, S. 298.

92 Schroff 80; Sauter 9; Curti 367 N 10, 397 N 2; Kaufmann 397 N 17.

93 Schriftlichkeit ist nicht erforderlich, wie Kissling 45 f. meint.

94 Curti 391 N 2; Egger 391 N 1.

– keineswegs aber vor Ablauf von 10 Tagen nach allfälliger Veröffentlichung der Wahl<sup>95</sup>.

Obwohl die Übergabe des Amtes auf seinen eigentlichen Anfang wegen ZGB 389 keinen Einfluss hat<sup>96</sup>, fällt dieser Zeitpunkt insofern ins Gewicht, als dem Beistand nun alle Geschäfte ohne die vorne IV. 3. a) erwähnten Beschränkungen obliegen und vorläufige Massnahmen aufgehoben oder in definitive übergeleitet werden müssen. Die Vormundschaftsbehörde kann aber nicht erst jetzt prinzipiell keine weiteren Handlungen nach ZGB 386 I mehr vornehmen<sup>97</sup>; gerade dieser Artikel zeigt, dass das schon ab Wahl des Beistands gilt<sup>98</sup>. Dem Beistand ist die Vermögensverwaltung zu ermöglichen<sup>99</sup>. Die Vormundschaftsbehörde muss ihn über seine Rechte und Pflichten i. allg. orientieren und mit ihm die konkrete Sachlage besprechen<sup>100</sup>.

### § 33. Mehrfache Beistandschaft insbesondere

#### A. Zulässigkeit

ZGB 379 II/III gelten auch für die Beistandschaft<sup>1</sup>; es ist demzufolge gemeinsame<sup>2</sup> oder geteilte Amtsführung denkbar<sup>3</sup>, letzteres namentlich bei Verwaltung mehrerer geographisch aufgesplitterter<sup>4</sup> Geschäfte oder Vermögenskomplexe<sup>5</sup> oder wenn es an GV und Verwaltung fehlt und eine vom Verwaltungsrat personell verschiedene GV angezeigt erscheint, und endlich wohl unumgänglich dort, wo Verwaltungsrat und Kontrollstelle ersetzt werden müssen (vgl. OR 727 II)<sup>6</sup>.

95 Kaufmann 391 N 5; Hess, Vormundschaft 69; a.M. Curti 391 N 2 und wohl auch Egger 391 N 1, wobei ersterer mit Recht bemerkt, dass (ansonsten) auf das virtuell nie eintretende Erlöschen von Anfechtungsrechten nicht abzustellen ist.

96 Hefti 40.

97 So Kaufmann 391 N 4.

98 So Kaufmann 392 N 44.

99 Kaufmann 391 N 4; Curti 391 N 3: Übergabe notwendiger Papiere usw.

100 Egger 391 N 4; Kissling 46 empfiehlt dies bloss.

1 Curti 397 N 3; Kaufmann 396 N 16.

2 Kaufmann, Beistandschaft 47: Beistandschaft mit Kollektivunterschrift.

3 Schroff 79 f.; Trüeb 69, 80 f., vgl. auch 114 und Egger 379 N 14; a.M. Bokstaller 25, weil dann verschiedene Beistandschaften vorlägen; es gilt aber der Grundsatz der Einheit der Beistandschaft nach ZGB 396 (vgl. Kaufmann 397 N 12), und ein Blick auf OR 717 dürfte als Gegenargument genügen.

4 Hefti 179.

5 Sauter 8; Kaufmann 397 N 12.

6 Bokstaller 26 würde hier wohl zwei unabhängige Beistandschaften anordnen (vgl. auch Trüeb 19), was aber wiederum gegen das Einheitsprinzip verstösst; Bokstaller 27 f. hält überhaupt mehrfache Beistandschaften bei einer AG für ausgeschlossen, weil Beistandschaften hier kurz dauerten und deshalb nie bes. Umstände i.S. von ZGB 379 II vorlägen; wer sagt aber, Beistandschaften für AG könnten nicht andauern, und wieso müssten bes. Umstände von Dauer sein?

Die mehrfache Beistandschaft richtet sich nach den Regeln der mehrfachen Vormundschaft<sup>7</sup>, und hinsichtlich Anordnung, Bestellung und Ablehnungsgründen – hier kommt noch ZGB 379 III dazu – finden die allg. Vorschriften Anwendung<sup>8</sup>.

## B. Voraussetzungen

Der französische Text spricht statt von “besonderen Umständen” von “si les circonstances l'exigent” und wird als massgeblich bezeichnet<sup>9</sup>. Curti<sup>10</sup> ist mit Recht a.M., hätte doch anders die Kann-Vorschrift von ZGB 379 II keinen Sinn und stellt sowieso das Ganze eingeständenermassen<sup>11</sup> eine Ermessensfrage dar.

Grund für mehrfache Beistandschaft können sein bes. Schwierigkeiten der Vermögensverwaltung wie grosses Vermögen, verschiedene Geschäftsbetriebe, ausländische Beteiligung usw.<sup>12</sup> oder Eigenschaften der Beistände<sup>13</sup>, so wenn spezielle Sachkenntnis erforderlich ist und man sich nicht mit Geschäftsführern<sup>14</sup> behelfen will. Die Umstände bestimmen auch die Zahl der Beistände<sup>15</sup>.

## C. Gemeinsame oder geteilte Amtsführung

Eine private Aufteilung ist rechtlich unerheblich<sup>16</sup> (vgl. ZGB 379 II: “amtliche Ausscheidung”). In Ermangelung einer anderen Anordnung gilt gemeinsame Amtsführung<sup>17</sup>, d.h. bei jedem Geschäft müssen prinzipiell alle Beistände handeln<sup>18</sup>.

7 Bokstaller 31.

8 Hefti 181.

9 Kaufmann 379 N 13; Bokstaller 18 f.

10 379 N 8.

11 Bokstaller 19; Kaufmann 379 N 16.

12 Egger 379 N 14.

13 Kaufmann 379 N 13; Bokstaller 22 f.

14 Bokstaller 38 f.: Möglichkeit zur Vermeidung mehrfacher Beistandschaften.

15 Hefti 179.

16 Bokstaller 20; Kaufmann 379 N 21; Curti 379 N 13; Hefti 186.

17 Bokstaller 19.

18 Hefti 181 ff.; Lüscher 72 f.; Kaufmann 379 N 19; aber nicht auch zustimmen, wie die gleichen Autoren sagen, vgl. nachfolgend I. und D. I.

## I. Gemeinsame Amtsführung

Nach Kaufmann<sup>19</sup> bestimmt die Vormundschaftsbehörde das Nähere über die Organisation des Kollegiums; nach Hefti<sup>20</sup> können das schon die Kantone aufgrund von ZGB 425 I tun. Wichtig ist v.a. die Regelung des Zustandekommens von Beschlüssen: Vorsitz und Einberufung des Kollegiums, Protokollführung, Einstimmigkeit oder Mehrheitsentscheide<sup>21</sup>. Bokstaller<sup>22</sup> sagt weitergehend, dass die nähere Organisation abgesehen vom Abstimmungsmodus auch den Beiständen überlassen werden kann. Ich möchte noch weiter gehen.

Es empfiehlt sich eine Heranziehung des Aktienrechts, sei es als Vorbild für die Regelung durch die Vormundschaftsbehörde oder die Beistände selbst, sei es zur Lückenfüllung. So enthält OR 714 den Grundsatz der internen Selbstorganisation der Verwaltung<sup>23</sup> und gilt Selbstkonstituierung der GV<sup>24</sup>; so herrscht in beiden Gremien grundsätzlich das Mehrheitsprinzip<sup>25</sup>.

Was den Ablehnungsgrund von ZGB 379 III betrifft, so darf er auch angerufen werden, wenn eine einfache Beistandschaft oder eine solche mit geteilter Amtsführung in eine mit gemeinsamer umgewandelt wird<sup>26</sup>.

Ist der Grundsatz der gemeinsamen Amtsführung veröffentlicht, können Dritte nur noch mit der Beistände-Gemeinschaft rechtsgültig verkehren<sup>27</sup>, vgl. OR 718 II.

## II. Geteilte Amtsführung

Die Ausscheidung der Befugnisse und Obliegenheiten erfolgt hier durch die Vormundschaftsbehörde<sup>28</sup> (ZGB 379 II); sie ist gutgläubigen Dritten gegenüber aber erst mit Veröffentlichung wirksam<sup>29</sup>, die m.E. der Beschränkung von OR 718 II unterliegt.

ZGB 379 III gilt hier nicht<sup>30</sup>.

19 379 N 19.

20 184.

21 Curti 379 N 12.

22 19 f.

23 Bürgi 714 N 1.

24 Bürgi 698 N 20.

25 OR 703; für Verwaltung Bürgi 716 N 7; Forstmoser/Meier-Hayoz 176 N 9.

26 Bokstaller 42; Hefti 186; Curti 378 N 16.

27 Bokstaller 51 f.

28 Curti 379 N 13; Bokstaller 20; Hefti 186.

29 Kaufmann 379 N 21; vgl. Bokstaller 44.

30 Bokstaller 42 f.; wohl auch Hefti 190; a.M. Kaufmann 379 N 15.

### III. Sonderfälle

Bei Beistände-Mehrheit mit Hauptgeschäftsführung liegt eine Mischung von gemeinsamer und geteilter Amtsführung vor. Es dürfte unzulässig sein, einen Beistand sehr einschneidend und ohne selbständige Teilbereiche zu subordinieren<sup>31</sup>. Kaufmann<sup>32</sup> lässt zu, einem Beistand alle Angelegenheiten zu übertragen, für wichtige Geschäfte aber die Mitwirkung eines zweiten, sachkundigen und erfahrenen Beistandes vorzuschreiben.

Endlich nimmt Hefti<sup>33</sup> gemeinsame Amtsführung an, wenn ein Mitbeistand in seinem Kompetenzenkreis stets an die Mitwirkung desjenigen gebunden ist, der die allg. Aufsicht führt.

### D. Funktionsweise

Da es an Vorschriften weitgehend fehlt, wird gerne auf den Auftrag<sup>34</sup> (OR 394 ff.) und bei gemeinsamer Amtsführung im speziellen auf die Beauftragtengemeinschaft (OR 403 II) verwiesen<sup>35</sup> bzw. von einer Gesamthandsgemeinschaft gesprochen<sup>36</sup>. Haben wir es aber mit einer AG zu tun, so drängt sich wie gesagt<sup>37</sup> eine Heranziehung des Aktienrechts auf.

#### I. Gemeinsame Amtsführung

##### 1. Beschlüsse

Mehrheitsbeschlüsse sind keinesfalls ausgeschlossen<sup>38</sup>, sondern gegenteils der Normalfall<sup>39</sup>. Das liegt auch im Interesse der Funktionsfähigkeit der Beistandschaft. Kommt es zu Stimmengleichheit oder in Fällen, wo Mehrheitsbeschlüsse wegbedingt wurden, zu einer Blockierung i.S. eines Fehlens der Verwaltung, so hat die Vormundschaftsbehörde zu entscheiden.

31 Bokstaller 38.

32 379 N 20.

33 188.

34 Vgl. Good 15 ff.

35 Bokstaller 45 ff.

36 Lüscher 73.

37 Vorne C. I.

38 So Hefti 182; Lüscher 73; Kaufmann 379 N 19; für Bokstaller 49 immerhin prinzipiell.

39 Vgl. vorne C. I.

## 2. Handeln

Da die Beistände gemeinsam handeln müssen (vgl. auch OR 717 III), darf keiner bei der Ausführung eines Mehrheitsbeschlusses oder Schlichtungsentscheides der Vormundschaftsbehörde seine Mitwirkung verweigern; der überstimmte Beistand ist dabei allerdings seiner Haftung ledig<sup>40</sup>. Das gemeinsame Handeln muss nicht simultan erfolgen, doch wird es erst wirksam mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Zustimmung des letzten Beistandes<sup>41</sup>. Zum Vollzug eines beschlossenen Rechtsgeschäftes können die Mitbeistände einen unter ihnen bevollmächtigen<sup>42</sup> und die Besorgung laufender Geschäfte einem einzelnen Beistand überlassen<sup>43</sup>.

Bei der Wahrung von Rechten ohne Eingehung von Verpflichtungen kann jeder einzelne Beistand tätig werden<sup>44</sup>. Dies gilt aber auch allg. bei Dringlichkeit und für die Passivvertretung<sup>45</sup>. Fehlt ein Beistand, dürfen die Verbleibenden weiterhin tätig werden, doch sind nicht dringliche Entscheide von grosser Tragweite auszusetzen.

Eigenmächtiges Handeln endlich eines Mitbeistands beurteilt sich nach OR 38 ff.<sup>46</sup>.

## II. Geteilte Amtsführung

Die Aufteilung kann sowohl bei der Bestellung als auch später erfolgen und jederzeit wieder abgeändert werden<sup>47</sup>.

Innerhalb seines Wirkungskreises handelt jeder Beistand selbständig wie ein Einzelbeistand. Bei positivem oder negativem Kompetenzkonflikt kommen subsidiär die Regeln über die gemeinsame Amtsführung zur Anwendung<sup>48</sup>. Für die passive Vertretungsmacht gilt auch hier nach allg. anerkanntem Rechtssatz, dass

40 Hefti 184; Bokstaller 50 f.

41 Bokstaller 49; von Tuhr/Peter 375 mit Zit.

42 Hefti 182.

43 Egger 379 N 14; Bokstaller 51; eine Regelung analog OR 535 II, wie sie Bokstaller 49 für denkbar hält, möchte ich hier ausschliessen.

44 Vgl. Gautschi 403 N 11c.

45 von Tuhr/Peter 376 mit Zit. in Anm. 117.

46 Bokstaller 51; Hefti 182.

47 Bokstaller 55.

48 Bokstaller 53; Hefti 185 ff.; bei negativem Konflikt in Beistandschaften soll nach Bokstaller l.c. gemäss ZGB 418 f. die Vormundschaftsbehörde weitere Kompetenzen einräumen müssen, nach Hefti l.c. verständlicherweise sogar bei positivem; m.E. gilt das nicht für eine Verwaltungsbeistandschaft, da gerade ZGB 419 I zeigt, dass sich die Kompetenzen des Beistandes nach den Bedürfnissen des Falles richten.

sie jedem Verwaltungsbeistand unabhängig von der Geschäftsteilung zusteht<sup>49</sup>, und wiederum beurteilen sich Übergriffe in ein fremdes Ressort nach OR 38 ff.<sup>50</sup>.

### III. Beschwerden

Bei gemeinsamer Amtsführung ist der einzelne Beistand im Hinblick auf seine persönliche Haftung berechtigt bzw. aufgrund seines Amtes allenfalls verpflichtet, Beschwerde zu führen<sup>51</sup>, während er bei aufgeteilten Befugnissen bezüglich Legitimation Dritten gleichgestellt ist<sup>52</sup>.

### IV. Verantwortlichkeit (ZGB 426)

Bei geteilter Amtsführung ist jeder Beistand lediglich für seine eigenen Handlungen verantwortlich<sup>53</sup>.

Dagegen haften die Beistände bei gemeinsamer Amtsführung solidarisch<sup>54</sup>, denn es gilt nicht etwa ZGB 428 II, sondern vielmehr OR 403 II analog<sup>55</sup> bzw. OR 759 I. Pflichtverletzung i.S. von ZGB 426 kann dabei auch die Vernachlässigung einer Verhinderungspflicht sein<sup>56</sup>. Im Innenverhältnis wird der Schadensanteil nach dem Grad des Verschuldens bemessen (OR 50 f., insbes. 50 II, vgl. OR 759 II)<sup>57</sup>.

### E. Ende

Die mehrfache Beistandschaft darf in Analogie zu ZGB 433 II nur so lange aufrechterhalten werden, als die bes. Umstände sie rechtfertigen.

49 von Tuhr/Peter 385 und Anm. 25.

50 Hefti 187; Bokstaller 55 f.

51 Vgl. § 9. G. I.; Hefti 182 Anm. 3; so auch Kaufmann 379 N 17 für die Ernennung mehrerer Beistände; für die Ablehnung nach ZGB 379 III insbes. gelten dann aber, wie er in 388 N 16 selbst sagt, ZGB 388 und 390.

52 Vgl. § 9. G. II.; Bokstaller 60.

53 Vgl. Hefti 187 f.

54 Good 71; Kaufmann 379 N 19.

55 Bokstaller 60 f.

56 Hefti 182 f.

57 Bokstaller 61 ff.; Schrott 108; Egger 426 N 6; Kaufmann 426 N 20; Lüscher 72 ff., der aber S. 73 unrichtig sagt, der einzelne Mitbeistand könne sich gegen aussen nicht exkulpieren, denn auch Solidarhaftung setzt Verschulden voraus und verhindert bloss Geltendmachung von Herabsetzungsgründen; Forstmoser 75 ff.

Für die einzelnen Beistände gelten ZGB 441 ff.<sup>58</sup>. Zu ZGB 447 I ist speziell zu bemerken, dass sich bei gemeinsamer Amtsführung die Anhörung auch auf die Amtskollegen erstreckt. Es sind auch Bericht und Rechnung erforderlich, die für den ausscheidenden Beistand die Wirkungen von ZGB 451 ff. entfalten<sup>59</sup>.

Die übrigbleibenden Beistände haben das Amt weiterzuführen<sup>60</sup>. Dauern die bes. Umstände an, muss der ausgeschiedene unverweilt durch einen neuen Beistand ersetzt werden. Bei gemeinsamer Amtsführung will Bokstaller<sup>61</sup> alsdann den verbleibenden Beiständen einen Entlassungsanspruch einräumen, was ZGB 443 II zuwiderläuft, es sei denn, diese Vorschrift würde wegen der Solidarhaftung der Mitbeistände durchbrochen.

### 3. Kapitel = § 34.

## Veröffentlichung

### A. Regel mit Ausnahmen

Nach ZGB 397 II liegt die Veröffentlichung bei Beistandschaft im Ermessen der Vormundschaftsbehörde. Das kann aber bei der AG dann nicht gelten, wenn ein Beistand für ein vertretungsberechtigtes Organ in die Lücke springt, weil gemäss OR 641 Ziff. 8 und 720 solche Personen im Handelsregister einzutragen sind<sup>1</sup>. Dasselbe Ergebnis und damit auch allenfalls die Notwendigkeit, Löschungen vorzunehmen, lässt sich schon aus dem Wahrheitserfordernis von HRV 38 und der Änderungsvorschrift OR 937 gewinnen<sup>2</sup>. Egger<sup>3</sup> möchte die alte Eintragung immer löschen, doch kann das nur stimmen, wenn die Vertretungsmacht tatsächlich untergegangen ist – wie etwa bei Tod oder Ablauf der Amtsdauer – oder ausgeschaltet werden soll – so bei dauernder Interessenkollision oder Unfähigkeit. Auf alle Fälle hat die Vormundschaftsbehörde für die Eintragung des Beistandes im Handelsregister zu sorgen<sup>4</sup>, etwa indem sie dem Handelsregisteramt den Ernennungsbeschluss zustellt<sup>5</sup>.

58 Hefti 181.

59 Bokstaller 63.

60 Hefti 185; Trüb 114 für ZGB 441; a.M. bei geteilter Amtsführung Bokstaller 63 f., der das nur aufgrund vorsorglicher Massnahmen nach ZGB 449 bzw. 386 für zulässig hält.

61 64.

1 Schroff 80 f.; dies übersehen Henauer 251 und Trüb 72.

2 BGer. in SAG 18 188; von Waldkirch 29; Egger 397 N 4.

3 393 N 31; vgl. Sauter 8.

4 Kaufmann, Beistandschaft 48.

5 Auskunft des Zürcher Handelsregisteramtes.

Nach dem Gesagten ist klar, dass keine Veröffentlichung erfolgt bei Bestätigung im Amt (ZGB 415 II)<sup>6</sup>. Sie unterbleibt aber m.E. auch, wenn der Beistand für eine einzige oder wenige, zum voraus bestimmte, beschränkte und klar abgegrenzte Rechtshandlungen bestellt wird, wenn mit anderen Worten der Beistand die Verwaltung nicht allg. ersetzt und es vom Vertretungsstandpunkt aus zu keinerlei Weiterungen kommen kann, wie namentlich bei Interessenkollision.

Hier wie in den übrigen Fällen — wenn für eine ausländische AG ohne Zweigniederlassung oder eine fehlende GV/Kontrollstelle ein Beistand bestellt wird — entscheidet die Vormundschaftsbehörde die Frage einer vormundschaftlichen Veröffentlichung, aber nicht frei<sup>7</sup>, sondern unter dem Gesichtspunkt, ob die Interessen der AG oder Dritter dies erheischen<sup>8</sup>.

### *B. ZGB 397 II im Verhältnis zu 375 I und 387 II*

ZGB 397 II spricht nur von der Veröffentlichung der Beistandsernennung, meint aber auch die Tatsache der Verbeiständung als solche<sup>9</sup>. Allerdings bleibt das ohne praktische Bedeutung, weil eine Verbeiständung immer mit der Bestellung eines Beistandes verbunden ist<sup>10</sup>.

Kommt ZGB 375 II für uns von vorneherein nicht in Betracht, so sagt Henauer<sup>11</sup> einerseits, dass ZGB 397 II i.V.m. 367 III sowohl 375 I<sup>12</sup> als auch 387 II ausschliesse, lässt aber handkehrum<sup>13</sup> für Art und Ort der Veröffentlichung das gleiche wie bei der Vormundschaft gelten. Dazu was folgt: Für die obligatorische Publikation ist Handelsregisterrecht massgeblich. Für die vormundschaftliche Publikation hat sich die Vormundschaftsbehörde vom Zweck leiten zu lassen, der mit der Veröffentlichung erreicht werden soll. Diese kann alsdann quantitativ hinter ZGB 375 I/387 II zurückbleiben — so macht die Heimat ausser für schweizerische Aktiengesellschaften im Ausland keinen Sinn und mag auch Publikation am Sitz zwecklos erscheinen — oder die genannten Artikel übertreffen<sup>14</sup> — so durch Anzeige im Publikationsorgan der AG<sup>15</sup> oder am Ort der Vermögenslage bzw. der bisherigen Verwaltung von Vermögen.

Es fragt sich aber doch, ob für die Veröffentlichung nicht gemäss ZGB 375 I i.V.m. 387 II die Rechtskraft der Verbeiständung abzuwarten sei. M.E. darf das

6 Kaufmann 387 N 9; Egger 387 N 2.

7 So Schöff 81.

8 Egger 397 N 4, vgl. 375 N 8.

9 Kaufmann 397 N 18; a.M. Trüb 72.

10 Henauer 244 f.

11 244 f.

12 So auch Sauter 7 f.

13 253; a.M. Curti 397 N 4 bezüglich Publikation in der Heimat gemäss ZGB 387 II.

14 Nach ZVW 19 105 f. ist dabei Zurückhaltung zu üben.

15 Schöff 81.

dann nicht sein, wenn die Publikation die AG vor Schädigung durch unfähige oder in Interessenkollision befindliche Vertreter bewahren soll; andernfalls würde der Zweck der Beistandschaft gerade vereitelt.

### *C. Wirkung der Publikation*

Ich befasse mich hier nur mit handelsregisterrechtlicher Publikation, weil ich nur eine solche für den guten Glauben im Handelsrechtsverkehr für massgeblich halte.

Erst einmal stellt sich die Frage, ob ZGB 375 III für die Beistandschaft gelte. Nach Henauer<sup>16</sup> kommt das nicht in Betracht, weil die Handlungsfähigkeit des Verbeiständeten nicht eingeschränkt (ZGB 417 I) und ein Gutgläubensschutz Dritter daher nicht nötig sei. Nun haben wir aber gesehen<sup>17</sup>, dass mit der Eintragung des Beistandes im Handelsregister eventuell gleichzeitig andere Vertretungsberechtigte gelöscht werden müssen, so dass ZGB 375 III durchaus seinen Sinn hat.

Der Name des Beistandes wird im Handelsregister mit der Beifügung "Beistand" eingetragen<sup>18</sup>. Nach Schroff<sup>19</sup> sollen dadurch Dritte erkennen, dass für die Vertretungsmacht des Beistandes die spezifischen Normen des Vormundschaftsrechtes und bes. die Weisungen der Vormundschaftsbehörde gelten. Der erste Gedanke ist richtig und besagt, dass kraft OR 933 dem Beistand nicht ipso iure Ermächtigung im Umfang von OR 718 I verliehen wird; hingegen haben Weisungen der Vormundschaftsbehörde in diesem Zusammenhang nur eine sehr beschränkte Bedeutung<sup>20</sup>.

16 254 f.; gl.M. Curti 397 N 5; a.M. Kaufmann 397 N 18.

17 Vorne A.

18 Auskunft des Zürcher Handelsregisteramtes.

19 81.

20 Vgl. zur Vertretungsmacht § 39. A.

## IV. TEIL

## Führung und Wirkungen der Beistandschaft

## 1. Kapitel

## Amt des Beistandes

ZGB 417–419 sind offensichtlich sehr knapp gehalten. Das Amt des Beistandes muss aus dem Zweck der Rechtseinrichtung, den Gründen für die Verbeiständung und der Aufgabe des Beistandes entwickelt werden. Nur soweit eine bes. Regelung sich nicht als notwendig erweist und das Recht der Vormundschaft auch dem Beistand gerecht wird, ist auf dieses abzustellen<sup>1</sup>.

§ 35. *Rechtsstellung des Beistandes*A. *Zur Rechtsnatur*

## I. Strafrecht

Da schon der Vormund nicht Beamter i.S. von StGB 110 Ziff. 4 ist<sup>1</sup>, gilt dies auch nicht für den Beistand.

## II. Zivilrecht

## 1. Gesetzlicher Vertreter

Der Beistand ist – im Umfang seines Auftrages<sup>2</sup> – gesetzlicher Vertreter der AG<sup>3</sup> und hat im Rahmen seiner Verwaltungsbefugnisse ohne weiteres auch Vertretungs-

<sup>1</sup> Egger 417 N 1; ähnlich Sauter 10 für das Verhältnis zu ZGB 398–416.

<sup>2</sup> BGE 76 IV 150 ff., 95 II 38; ZVW 6 117; a.M. für den Amtsvormund O.K. Kaufmann: Die Auskunftspflicht vormundschaftlicher Organe im Zivilprozess, in: ZBl 46 424 ff.; generell Max Hess: Die Schweigepflicht des Amtsvormundes, in: ZVW 10 81 ff.; Junod 84 ff. bezeichnet den Vormund allg. (ohne Bezug zum StGB) als Beamten.

<sup>3</sup> BGE 79 I 186; ZR 68 200 Nr. 74, 73 52 Nr. 23 E 4.

<sup>3</sup> Egger 393 N 25; Pfander 72; Trüb 78; Portmann 32; Schrott 82; aber nicht erst mit Amtsübergabe, wie er sagt, sondern ab Ernennung, vgl. § 32. B. III., IV. 3. a); vgl. auch Hefti 54; Good 32.

macht<sup>4</sup>, die nur nach Massgabe von ZGB 419 II beschränkt ist<sup>5</sup>. Der Beistand ist an sich auch gesetzlicher Vertreter i.S. von SchKG 47 I<sup>6</sup>, doch geht im Falle juristischer Personen wohl SchKG 46 II vor<sup>6a</sup>. Nicht gesetzlicher Vertreter ist unter allen Umständen der Beistand, der keine Vertreter ersetzt, nämlich der anstelle der GV oder Kontrollstelle handelnde.

## 2. Organ?

Umstritten ist, ob der Beistand auch Organ sei<sup>7</sup>. Offensichtlich geht die Auseinandersetzung um Umfang der beistandschaftlichen Vertretungsmacht und Anwendbarkeit von ZGB 55. M.E. darf die Frage offenbleiben und soll nicht durch Anrufung eines Begriffes ein gewünschtes Resultat herbeigeführt oder ein befürchtetes abgewendet werden. Vielmehr müssen die Kompetenzen des Beistandes erst genau herausgeschält und kann alsdann gesagt werden: Bis hierher haftet die AG für das Handeln des Beistandes, und was darüber hinausgeht, ist durch seine Funktionen nicht gedeckt.

## B. Relative Selbständigkeit des Beistandes

### I. Prinzip der Selbständigkeit

In seinem Bereich und innerhalb der gesetzlichen Vorschriften muss auch der Beistand seine Aufgabe selbständig erfüllen, in sorgfältiger Prüfung der Verhältnisse und eigener Entschliessung<sup>8</sup>. Die Vormundschaftsbehörde kann ihm in diesem Rahmen keine bindende Weisung erteilen, die er unter seiner Verantwortlichkeit zu beobachten hätte<sup>9</sup>. Vielmehr macht sie sich verantwortlich, wenn sie eigenmächtig gegen Willen und Einsicht des Beistandes handelt<sup>10</sup>.

4 von Waldkirch 25; Egger 393 N 8.

5 BGE 69 II 23 Nr. 5; Funk 712 N 1 VI; Schroff 90; vgl. § 39.

6 BGE 91 III 49 f. für ZGB 392 Ziff. 2; BGE 58 III 87 für Verwaltungsbeirat, soweit er allein über die Vermögenssubstanz verfügt, was auch auf den Verwaltungsbeistand zutrifft; a.M. Jaeger 47 N 2 (mit Ausnahme von ZGB 392 Ziff. 2 f.), weil Verbeiständung die Handlungsfähigkeit nicht berühre.

6a Gl.M. offenbar Amonn 78.

7 Dafür Egger 54 f. N 18; Necib Bilge: La capacité civile des personnes morales en droit civil suisse, Diss. Genève 1941, S. 128; dagegen Portmann 32; Schroff 82.

8 Egger 417 N 10; vgl. ZVW 19 152; Good 11; BGE 51 II 95.

9 Pfander 76; Schroff 90 f.; SJZ 19 296 Nr. 234; ZBI 24 25; Disler 89; Egger 417 N 10; Sauter 18.

10 Hefti 7 f., 36.

Die Selbständigkeit des Beistands zeigt sich namentlich darin, dass ihm die Vermögensverwaltung und Vertretung zusteht (ZGB 367 II/III, 407, 413, 419). Grundsätzlich dürfen die vormundschaftlichen Behörden nicht an seiner Stelle vorgehen<sup>11</sup>, selbst dort nicht, wo sie mitwirken müssen<sup>12</sup>. So kann z.B. die Vormundschaftsbehörde eine mit ihrer Zustimmung vom Beistand eingeleitete Klage nicht zurückziehen<sup>13</sup>.

Selbständiges Handeln ist aber auch eine Pflicht des Beistandes, deren er sich nicht durch Einholen von Weisungen der Vormundschaftsbehörde zu entschlagen vermag<sup>14</sup>.

## II. Aufsicht der vormundschaftlichen Behörden

### 1. Ableitung aus Mitwirkungsrecht

Die prinzipielle Selbständigkeit des Beistands wird nun allerdings beschränkt durch das Aufsichtsrecht der vormundschaftlichen Behörde. Die allg. Aufsichtsbefugnis der vormundschaftlichen Behörde ist ein ungeschriebener Grundsatz, der sich aus verschiedenen Mitwirkungsnormen wie ZGB 386 I, 399–401, 403 f., 407, 420–423 und 445 ff. ableiten lässt<sup>15</sup>. Die Kantone können diese Aufsicht näher ausgestalten (ZGB 425)<sup>16</sup>.

### 2. Weisungen

Aus dem allg. Aufsichtsrecht, aber auch schon aus ZGB 393 Ingress ergeben sich Recht und Pflicht der vormundschaftlichen Behörde, dem Beistand alle erforderlich erscheinenden Weisungen zu erteilen<sup>17</sup>. Man kann aber nicht sagen, dass der Beistand dann ein Recht habe, solche Weisungen einfach zu befolgen<sup>18</sup>, noch auch, dass er dabei nur für grobe Fahrlässigkeit<sup>19</sup> oder gar bloss für Arglist hafte<sup>20</sup>.

11 Hefti 3, 57.

12 Egger 398 N 11; SJZ 22 25 Nr. 28, 52 197 Nr. 107; Knapp 74; Good 57 f.; SJ 74 31; MBVR 54 435 Nr. 118.

13 SJZ 37 42 f.; Kaufmann 407 N 28 f.; Egger 407 N 3; vgl. ZBGR 29 124 Nr. 53; ZR 24 365 f.

14 Egger 398 N 12.

15 Hefti 3 f., 220, 245; Kaufmann 407 N 28 f., 420 N 4 f.; Egger 417 N 10, 423 N 1; BGE 51 II 95; Knapp 88 f.; SJZ 37 42 f.

16 Egger 398 N 13.

17 Sauter 18; MBVR 37 231, 33 459 Nr. 214; Egger 398 N 13 f.; vgl. BGE 51 II 266.

18 So ZVW 19 152.

19 So MBVR 37 231; Kaufmann 426 N 19.

20 So Knapp 69; Hefti 162; vgl. § 42. B. I. 2. b).

### 3. Einschreiten

Der Beistand vermag sich nur so lange auf seine Selbständigkeit zu berufen, als seine Amtsführung dem Willen des Gesetzes entspricht. Andernfalls müssen die vormundschaftlichen Behörden im Interesse der Beistandschaft einschreiten dürfen.

Ohne gerade zu ZGB 445 ff. zu greifen, können und müssen sie bei jeder Unregelmässigkeit und Nachlässigkeit intervenieren, wenn vormundschaftliche Interessen gefährdet sind<sup>21</sup>. U.U. kann dies durch die Bestellung eines Ersatzbeistandes geschehen<sup>22</sup>.

### III. Abgrenzung

Rechte und Pflichten von Beistand und vormundschaftlichen Behörden sind nicht klar abgegrenzt. Das ergibt ein Zusammenarbeits-, aber auch ein Spannungsverhältnis<sup>23</sup>, dessen Lösung nicht aus Prinzipien deduzierbar, sondern im Einzelfall entsprechend vormundschaftlicher Interessen zu finden ist<sup>24</sup>. Im Zweifel dürfte eher auf Selbständigkeit des Beistandes erkannt werden, und zwar wegen des gesetzlich umschriebenen Betätigungskreises der vormundschaftlichen Behörden und schon im Interesse der Verkehrssicherheit<sup>25</sup>, aber auch angesichts der primären Verantwortlichkeit des Beistandes.

#### *C. L. ~ Beistand als Vertreter*

Der Beistand hat die Pflicht, alle erforderlichen Verwaltungsmassnahmen zu treffen und erhält damit auch die notwendige Vertretungsmacht<sup>26</sup>. ZGB 407 ist sinngemäss auf den Beistand anzuwenden (ZGB 367 III)<sup>27</sup>.

Ein Beistand aber, der nur für eine einzelne Angelegenheit bestellt wird, bleibt auch auf diese beschränkt<sup>28</sup>.

21 Hefti 4, 220 f.; Egger 398 N 12 ff.

22 Pfander 30 f.; Kaufmann 392 N 28; Egger 392 N 44.

23 Hefti 6 f.: vgl. ZGB 423 I/II.

24 Egger 398 N 14; Knapp 89.

25 Hefti 193.

26 Homberger 133; Egger 417 N 6 mit Verweis auf OR 396 II; vgl. auch Zwingli 22.

27 ZBJV 82 38; vgl. Hefti 57.

28 Vgl. Zwingli 22; Hefti 84.

## I. Anfang, Inhalt und Ende

Die Vertretungsbefugnis beginnt mit der Bestellung des Beistandes — sei es auch durch eine unzuständige Vormundschaftsbehörde —, unabhängig von einer Ablehnung oder Anfechtung (vgl. ZGB 389)<sup>28a</sup> und selbst schon bei provisorischer Einsetzung (ZGB 386 II)<sup>29</sup>. So war aber z.B. eine Betreuung nichtig, die gegenüber dem Beistand noch vor dessen Ernennung angehoben worden war. Etwas anderes könnte nur gelten für Rechtshandlungen, welche nach OR 38 einer nachträglichen Genehmigung zugänglich sind<sup>30</sup>.

Die Vertretungsmacht hört auf mit der Beendigung des Amtes (ZGB 441 oder 444 ff.), wobei auf die Kenntnis des Beistandes vom Ende abgestellt werden muss (OR 37)<sup>31</sup>. Das heisst indes nicht, dass der Beistand, soweit eine sorgfältige Verwaltung es erfordert, nicht auch sein Amt oder auch die Beistandschaft überdauernde Bindungen begründen könne wie Miet-, Darlehens- und Versicherungsverträge<sup>32</sup>. Inhaltlich bestimmen sich Vertretungsmacht und Tätigkeit des Beistandes nach den Normen des Vormundschaftsrechtes (ZGB 367, 398 ff., 417 ff.) und subsidiär nach Stellvertretungs- (OR 32 ff.), Auftrags- (OR 394 ff.)<sup>33</sup> und schliesslich auch Aktienrecht<sup>34</sup> (OR 713 ff.).

## II. Zurechenbarkeit seines Verhaltens

Der Beistand berechtigt und verpflichtet in der Regel nur den Verbeiständeten und nicht sich selbst (OR 32 I)<sup>35</sup>. Lässt sich nicht objektiv feststellen, ob der Beistand als solcher oder als Privatperson tätig geworden ist, kommt es auf seine subjektive Einstellung an<sup>36</sup>. Das muss entgegen Good<sup>37</sup> auch zutreffen, wenn der Beistand in Verletzung seiner Pflichten ein Geschäft für sich statt für den Verbeiständeten vornimmt oder umgekehrt. Die Folge ist dann eben Verantwortlichkeit, und es kann nicht einfach abkürzungshalber ein Rechtsresultat umgedeutet werden. Auch darf man nicht sagen, nach Einholung der Genehmigung gemäss ZGB 421 f. bzw. 419 II sei ein Geschäft als eines des Verbeiständeten bezeichnet, selbst wenn der Beistand

28a A.M. AGVE 1964 50 E 3 bezüglich SchKG.

29 Egger 407 N 1.

30 BGE 90 III 15 f.

31 Egger 407 N 1; Hefti 68.

32 Egger 407 N 7.

33 Hefti 45, 55; Knapp 53; Good 12.

34 Kaufmann, Beistandschaft 43.

35 ZR 58 295; Good 8.

36 Good 20.

37 21.

in eigenem Namen handle<sup>38</sup>. Das hiesse nachgerade, den Beistand in dem Masse seiner Handlungsfähigkeit zu berauben.

## 1. Wille und Kenntnisse

Willensmängel und Gut- oder Bösgläubigkeit bestimmen sich nach der Person des Beistandes<sup>39</sup>. Umstritten ist, wann Fristen zu laufen beginnen, die von einer Kenntnisnahme abhängen. Gemäss BGer.<sup>40</sup> genügt Kenntnisnahme der Vormundschaftsbehörde, auch wenn sie nicht selbst handeln könnte, sondern einen Beistand bestellen müsste, und sogar dann, wenn sich eine unzuständige Behörde mit einer Angelegenheit befasst. Nach gemässigterer und m.E. allein ZGB 386 entsprechender Ansicht<sup>41</sup> stimmt das nur, wenn eine Beistandsbestellung nicht notwendig ist, wie z.B. für eine vorsorgliche Berufungserklärung. Ein weitergehendes Urteil<sup>42</sup> lässt eine Frist nur laufen, wenn die Vormundschaftsbehörde tatsächlich handelt, und endlich wird gesagt<sup>43</sup>, es müsse auf die Kenntnis des Beistandes abgestellt werden, da die Vormundschaftsbehörde nicht gesetzlicher Vertreter sei.

## 2. Indirekte Stellvertretung

Der Beistand kann auch als indirekter Stellvertreter auf Rechnung des Mündels kontrahieren. Ob dies geschehen ist, beurteilt sich nach OR 32. Der Beistand muss alsdann wie bei direkter Stellvertretung dem Verbeiständeten alle Vorteile des Geschäftes gutschreiben. Er kann ihm aber anderseits Verpflichtungen und Aufwendungen belasten. Auslagenersatz betrifft nur das Innenverhältnis und erübrigt ein Vorgehen nach OR 32 III<sup>44</sup>.

Ansonsten bedarf es aber durchaus noch einer Abtretung/Schuldübernahme nach OR 32 III. Der hierfür nötige Vertrag zwischen Beistand und Verbeiständetem unterliegt der Zustimmung der Aufsichtsbehörde nach ZGB 422 Ziff. 7<sup>45</sup> oder<sup>46</sup> erfordert eine zusätzliche Beistandsbestellung gemäss ZGB 392 Ziff. 2.

38 So Good 38 f.

39 Egger 407 N 5.

40 BGE 69 I 220 E 2.

41 Egger 392 N 14; ZVW 5 134 = ZR 49 162 f.

42 ZR 34 101 E 4 f.

43 SJZ 34 119 Nr. 87.

44 Egger 407 N 5 f.

45 Nur so Hefti 65 ff. und Good 36 ff.

46 Nach Knapp 53 *und*; vgl. § 40. C. II.

### 3. Überschreitung der Vertretungsmacht

Bei Überschreitung der Vertretungsmacht finden OR 38 f. Anwendung und wohl auch OR 419 ff. Für Mangel der Zustimmung einer vormundschaftlichen Behörde gilt ZGB 424<sup>47</sup>.

Im übrigen binden die Handlungen des Beistandes die AG<sup>48</sup>, seien sie auch interessenwidrig<sup>49</sup>, und spielt die Bösgläubigkeit Dritter keine Rolle<sup>50</sup>. Insbes. erscheint der Verstoß gegen Weisungen, da diese i. allg. nur interne Wirkung haben, so lange belanglos, als der Beistand innerhalb seiner Kompetenzen bleibt<sup>51</sup>.

### 4. Unerlaubte Handlungen

Im Vertragsverhältnis ist OR 101 auf den Beistand analog anzuwenden<sup>52</sup>. Nach Good<sup>53</sup> soll aber in Abweichung von OR 101 der Verbeiständete nicht haften, wenn den Beistand kein Verschulden trifft; und umgekehrt soll bei einem Verschulden des Beistands auf dessen (strengere) Sorgfaltspflicht abgestellt werden, da er ja in gleichem Masse vom Verbeiständeten belangt werden könne. Nun ist aber das Verhalten der Hilfsperson nach dem Massstab zu würdigen, der für den Geschäftsherrn gilt<sup>54</sup>. Demnach kann u.U. die AG auch haften, wenn dem Beistand kein Verschulden zur Last fällt; auf keinen Fall aber obliegt dem Beistand eine grössere Sorgfaltspflicht kraft Vormundschaftsrechts, denn die vormundschaftliche Verantwortlichkeit ist zugunsten des Verbeiständeten, nicht Dritter aufgestellt.

Bei ausservertraglicher Schädigung wird eine Haftung des Verbeiständeten mit Ausnahme derer aus ungerechtfertigter Bereicherung abgelehnt und auf die alleinige Haftung des Beistandes nach OR 41 ff. verwiesen<sup>55</sup>, weil OR 55 ein hier nicht bestehendes Subordinationsverhältnis voraussetzt und eine Analogie zu ZGB 55 II nicht möglich sei<sup>56</sup>. Präzis an dieser Stelle greifen aber OR 718 III/743 VI zu Lasten der AG ein<sup>57</sup>. Portmann<sup>58</sup> argumentiert zwar, es fehle eine generelle Be-

47 Kaufmann 407 N 31.

48 Schrott 82; Pfander 72 f.; Trüb 96.

49 Good 23; OR 423 II spielt nicht, wohl aber die Haftung des Beistandes.

50 Kaufmann 407 N 32; Good 38 verweist auf die Haftung des Beistands; a.M. Hefti 71 und Egger 407 N 8, die Nichtigkeit nach OR 20 I annehmen.

51 Knapp 66; Good 62; vgl. § 39. A. I.

52 von Tuhr/Escher 127; Good 68; Becker 101 N 2; unentschieden Bucher 312 Anm. 74; a.M. Oser/Schönenberger 101 N 6; Egger 426 N 16.

53 66 f.

54 BGE 46 II 130, 53 II 240, 70 II 221, 91 II 294, 92 II 240 f.; Becker 101 N 23.

55 Good 65: Diese gilt natürlich auch schon bei vertraglicher Schädigung; Egger 426 N 16; vgl. BGE 53 II 365.

56 Good 68 f.; Hefti 71 f.

57 Gl.M. Egger 54 f. N 18 für juristische Personen allg. und für alle Organe.

58 32.

stimmung, wonach für unerlaubte Handlungen gesetzlicher Vertreter gehaftet werde, und es verstiesse gegen das Prinzip der Gleichbehandlung natürlicher und juristischer Personen, wollte man diese gestützt auf ZGB 55 II für den Beistand verantwortlich machen. M.E. soll aber nicht die AG durch Verbeiständung sozusagen das Privileg erwerben, keine unerlaubten Handlungen mehr begehen zu können, und zudem lautet OR 718 III spezifisch genug, um eine generelle Norm überflüssig zu machen.

### III. Verbotene Geschäfte (ZGB 408)

#### 1. Anwendungsbereich

ZGB 408 gilt erst einmal auch für die vormundschaftlichen Behörden<sup>59</sup> und deshalb bereits im Bereich von ZGB 386<sup>60</sup>. Der Artikel richtet sich sodann aber nicht nur an den Vormund, sondern ebenfalls an den Beistand<sup>61</sup> und verbietet einerseits insbes. entsprechende Interzessionsgeschäfte zugunsten des Beistandes<sup>62</sup>, andererseits grundsätzlich auch Umgehungsgeschäfte (ZGB 2)<sup>63</sup>.

#### 2. Inhalt

##### a) *Bürgschaften*

Ratio legis ist m.E. die gleiche wie beim Schenkungsverbot, und es hätte wohl dieses allein genügt. So wird denn auch allg. die Erneuerung einer bestehenden Bürgschaft zugelassen, wenn dies im Interesse des Verbeiständeten liegt<sup>64</sup>, und es ist das Bürgschaftsverbot im übrigen eng auszulegen. Man mag wegen des Gesetzeslautes auch noch sagen, auf die Höhe des Bürgschaftsbetrages komme nichts an und an sich spiele auch das Motiv der Bürgschaft keine Rolle<sup>65</sup>. Das Bürgschaftsverbot aber auch noch auf "Umgehungsgeschäfte" wie Pfandbestellung und Schuldübernahme auszudehnen<sup>66</sup>, besteht wegen des Schenkungsverbotes kein Anlass<sup>67</sup>.

59 Kaufmann 408 N 1; Hefti 198.

60 Imhoff 15.

61 Sauter 16; Pfander 46, 83; Egger 417 N 9; a.M. ders. 408 N 2; Kaufmann 419 N 17; Hess, Vormundschaft 141.

62 Egger 392 N 39.

63 Egger 408 N 2.

64 ZVW I 69 Nr. 21; Egger 408 N 4; Knapp 145; Hefti 156 f.

65 Kaufmann 408 N 6; Hefti 156.

66 So Hefti 156; Knapp 145; a.M. Curti 408 N 3.

67 Und nicht, weil das aleatorische Moment als ratio legis des Bürgschaftsverbotes fehle, wie Kaufmann 408 N 6 sagt, denn einer Pfandbestellung zugunsten Dritter haftet dieselbe Aleatorik an.

Ob eine erlaubte Schuldmitübernahme oder eine verbotene Bürgschaft vorliegt, entscheidet weniger der Wortlaut einer Vereinbarung als vielmehr der angestrebte Zweck. Für Bürgschaft spricht die hauptsächliche Absicht, den Kredit des Schuldners zu verbessern, für Schuldmitübernahme die Leistung eines Entgeltes oder ein unmittelbares eigenes Interesse an der Vertragsabwicklung<sup>68</sup>. Die gleiche Interpretationsregel gilt auch für ein nicht eindeutiges Garantieverprechen<sup>69</sup>.

### *b) Stiftungen und erhebliche Schenkungen*

Die Stiftungen (ZGB 80 ff.) bereiten keine bes. Schwierigkeiten, wobei die sogenannten unselbständigen Stiftungen wie Schenkungen zu behandeln sind<sup>70</sup>.

Das Schenkungsverbot muss offensichtlich auch Schenkungsversprechen betreffen<sup>71</sup>; es gilt im Umfange unentgeltlicher Zuwendungen ebenfalls für gemischte Schenkungen, wobei das verbleibende Geschäft nach OR 20 II zu beurteilen ist<sup>72</sup>. Den Rahmen erlaubter, unerheblicher Geschenke<sup>73</sup> setzen die ökonomischen Verhältnisse des Verbeiständeten, und es kann darüber der Entscheid der Vormundschaftsbehörde eingeholt werden<sup>74</sup>.

Keine Schenkungen stellt die Erfüllung einer Naturalobligation oder von sittlichen Pflichten (OR 239) dar<sup>75</sup>. Eine sittliche Pflicht ist ein durch die allg. Moral gefordertes Verhalten und nicht leichtthin anzunehmen. Nicht hierher rechnen Pflichten bloss der guten Sitte und der allg. Nächstenliebe<sup>76</sup>. Der Massstab ist objektiv und unerheblich deshalb der Glaube des Handelnden, eine sittliche Pflicht erfüllen zu müssen<sup>77</sup>. Der Schutz der Interessen des Verbeiständeten legt aber m.E. keine einschränkendere Auffassung nahe<sup>78</sup>, denn entweder besteht eine sittliche Pflicht und sie darf erfüllt werden, oder dann eben nicht. Die Mitwirkung der vormundschaftlichen Behörden nach ZGB 421 f. bzw. 419 II kann nötig sein<sup>79</sup>, aber gewiss nicht in jedem Falle<sup>80</sup>.

68 Bucher 531 f. mit Zit.

69 Guhl/Merz/Kummer 158, 552 f. mit Zit.

70 Egger 408 N 9.

71 Curti 408 N 7; Kaufmann 408 N 5, 12.

72 Egger 408 N 5, 12.

73 Dazu Kaufmann 408 N 7 f., 413 N 18; Disler 93.

74 Curti 408 N 5; Knapp 146; Kaufmann 408 N 8; Egger 408 N 6; Hefti 158.

75 ZVW 25 31 E 4; SJZ 24 22 Nr. 17; Knapp 145; Kaufmann 408 N 7; vgl. von Tuhr/Peter 34 f.; a.M. SJZ 14 255 f.

76 Vgl. Egger 408 N 7 und Hefti 157.

77 Bucher 63; a.M. BGE 53 II 199.

78 So Egger 408 N 8; Zellweger 34.

79 Karl Specker: Erfüllung sittlicher Pflichten des Bevormundeten, in: ZVW 4 81 ff., 88 f.

80 So Egger 408 N 12 mit Verweis auf ZGB 421 Ziff. 1 f., 4 und 6.

### 3. Nichtigkeit verbotener Geschäfte?

Nach herrschender Lehre sind verbotswidrige Geschäfte nichtig und es gibt für Dritte keinen Gutglaubensschutz<sup>81</sup>, sondern allenfalls nur eine Haftbarmachung der vormundschaftlichen Organe gemäss ZGB 426<sup>82</sup>.

Mag man auch den Gutglaubensschutz hier weniger vermissen als anderswo, so besteht m.E. doch weder vom Gesetzestext her noch mat. grosser Anlass, die Vertretungsmacht für Geschäfte nach ZGB 408 anders zu sehen als in § 39. A. II. 2. allg. beschrieben.

### IV. Delegation von Vertretungskompetenzen

Unproblematisch erscheint eine Delegation mit Ermächtigung der Vormundschaftsbehörde oder in den übrigen Fällen, die OR 398 III erwähnt<sup>83</sup>. Es darf hier auch auf OR 721 III verwiesen werden.

Im übrigen ist dem Beistand die allg. Übertragung seiner Vertretungsbefugnisse verboten, so wenig als sein Amt als solches übertragbar ist. Dagegen hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, ob einzelne Rechte und Pflichten delegiert werden dürfen. Im Prinzip ist das zulässig<sup>84</sup>, wenn mit einer sorgfältigen Verwaltung vereinbar, d.h. wenn die Wichtigkeit einer Angelegenheit nicht persönliche Entschliessung des Beistandes verlangt<sup>85</sup> oder wenn er nach eigenen Verhältnissen und obwaltenden Umständen niemals selber handeln würde<sup>86</sup>. Der Dritte tritt alsdann den Verbeiständeten und nicht den Beistand<sup>87</sup>. Es versteht sich, dass der Beistand nicht mehr Befugnisse übertragen kann, als er selbst hat<sup>88</sup>. Unbefugte Übertragung zeitigt die Folgen von OR 399 I; bei befugter Übertragung haftet der Beistand für Wahl, Instruktion (OR 399 II)<sup>89</sup> und Überwachung (vgl. OR 722 II Ziff. 3) des Dritten, dieser selbst aber aus dem mit ihm abgeschlossenen Vertrag<sup>90</sup>.

81 A.M. Curti 408 N 2.

82 Egger 408 N 11; Kaufmann 408 N 11, 11a; Specker l.c. 89; Knapp 146 f.; Hefti 153 ff.; von Tuhr/Peter 382 Anm. 17; Becker 240 N 1 f.; A. von Tuhr: Bemerkungen zur Schenkungslehre des schweizerischen OR, in: SJZ 18 201 ff., 203; Curti 408 N 2.

83 Hefti 77 f.

84 Trüb 81; Schrott 83; Egger 413 N 9.

85 ZBGR 32 291; Zellweger 33; Egger 407 N 4.

86 Hefti 79.

87 Curti 407 N 2; Kaufmann 407 N 30; a.M. Egger 407 N 4.

88 Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung 8 45.

89 Hefti 80 f.; Egger 413 N 9; Knapp 175.

90 Kaufmann 413 N 14, 426 N 17, 28; Egger 426 N 7, der die beistandschaftliche Haftung dann verwirrllicherweise nicht als eine nach ZGB 426 bezeichnet; Tatsache ist aber doch, dass sich einfach die Sorgfaltspflicht entsprechend den Umständen ändert; BGE 59 II 108 E 4; Haftung des Dritten aus Auftrag; Zellweger 33; Forstmoser 69 N 230.

Auf den Bevollmächtigten finden OR 34 ff. Anwendung. Die Vollmacht erlischt mit dem Amt des Beistandes, doch bleiben OR 35 I, 40 und 405 zu berücksichtigen. Hefti<sup>91</sup> will letztere Vorbehalte nicht allg. gelten lassen, weil sich so der Beistand über seine Amtszeit hinaus einen Einfluss sichern könne, doch ist das Folge des Gesetzes und lässt sich dem einfach abhelfen durch Widerruf der Vollmacht seitens der Vormundschaftsbehörde, eines Nachfolgers oder schliesslich der AG selbst.

## V. Einfluss der AG

In erster Linie soll die Willensbildung des Beistandes mit dem vernünftigen hypothetischen Willen des Verbeiständeten übereinstimmen<sup>92</sup>.

Zu berücksichtigen gilt es aber auch ZGB 409<sup>93</sup>, solange noch irgendwelche Verwaltungsorgane existieren. Allerdings ist ZGB 409 I blosse Ordnungsvorschrift, deren Nichtbeachtung die Rechtsgültigkeit eines Geschäftes nicht beeinflusst und bei deren Beachtung der Ansicht der Vertreter keine Verbindlichkeit zukommt. Ein Verstoss gegen die Vorschrift mag aber immerhin Beschwerden seitens der Vertreter und Verantwortlichkeit des Beistands nach sich ziehen<sup>94</sup>. Wichtige Angelegenheiten stellen nicht einfach alle in ZGB 421 f. erwähnten dar<sup>95</sup>; massgeblich sind vielmehr die Umstände des Einzelfalles<sup>96</sup>.

Die Zustimmung der Vertreter kann endlich trotz ZGB 409 II einen Reduktionsgrund abgeben (OR 44 I<sup>97</sup> und 43 I).

## VI. Vertretung im öffentlichen Recht

Dem Beistand kommt die Vertretung auch im öffentlichen Recht zu<sup>98</sup>, so im Betreibungsrecht, im Prozessrecht und im Verwaltungsrecht (vgl. z.B. Bundesratsbeschluss über die Erhebung der Wehrsteuer, Art. 83)<sup>99</sup>; und so hat das BGer. denn seine Legitimation zur Stellung eines Strafantrages bejaht<sup>100</sup>.

91 82 f.

92 Good 6; Knapp 52; Hefti 45.

93 Egger 409 N 3.

94 Curti 409 N 3, 7; Kaufmann 409 N 1, 7 f., 10; Egger 409 N 2, 4, 7.

95 So Kaufmann 409 N 4.

96 Curti 409 N 4; Egger 409 N 5 f. mit Beispielen.

97 Egger 409 N 7; Kaufmann 409 N 9; Curti 409 N 7.

98 Curti 407 N 2; Hefti 150; Kaufmann 407 N 12.

99 Egger 407 N 25 ff.

100 SJ 82 277 E 3; BGE 80 IV 108 E 2.

## VII. Interessenkollision (ZGB 392 Ziff. 2 i.V.m. 3)

### 1. Voraussetzungen

Diesen Tatbestand erfüllt schon die Möglichkeit einer Interessenkollision<sup>101</sup>, wobei auf die persönlichen Eigenschaften des gesetzlichen Vertreters nichts ankommt<sup>102</sup>. Ist dieser gesetzlicher Vertreter mehrerer Personen, so darf er sie nur vertreten, wenn sie gleichgerichtete Interessen haben<sup>103</sup>. Ansonsten sollte er sich analog den Doppelvertretungsprinzipien<sup>104</sup> des Handelns auch nur für eine Partei enthalten, weil auch dann Befangenheit nicht ausgeschlossen werden kann. Ein Interessengegensatz liegt vor bei nennenswerten persönlichen Interessen des Beistands<sup>105</sup>, also u.U. nicht nur bei Geschäften mit Personen, die ihm nahe verbunden sind, sondern auch mit Dritten<sup>106</sup>. Kein Interessenkonflikt besteht, wenn der Beistand sich zugunsten des Verbeiständeten verbürgt oder ein Geschäft diesem nur Vorteile bringt<sup>107</sup>.

### 2. Folgen

In der Situation von ZGB 392 Ziff. 2 f. trifft den gesetzlichen Vertreter eine Anzeigepflicht<sup>108</sup>. Zusätzlich sollen Urkundspersonen und Registerführer überprüfen, ob nicht ein Ersatzbeistand mitzuwirken habe; sie müssen gegebenenfalls ihre Mitwirkung verweigern. Doch hat in erster Linie neben dem Beistand der Geschäftspartner die Mitwirkung eines Ersatzvertreters zu verlangen<sup>109</sup>. Nach Massgabe der Interessenkollision erleidet nämlich die Vertretungsbefugnis des Beistandes eine Einschränkung<sup>110</sup>; so ist sein Verhalten öffentlich-rechtlich dem Vertretenen nicht anzurechnen<sup>111</sup> und eine infolge Nichtbestellung eines Beistandes verpasste Frist neu anzusetzen<sup>112</sup>, falls nicht die Vormundschaftsbehörde hätte handeln sollen<sup>113</sup>.

101 Knapp 148; Hefti 97: im Zweifel Annahme des Vorhandenseins; ZBGR 36 42; ZVW 25 26 E 2, 26 108; Lecoultré 44; zurückhaltender ZVW 25 17 E 2: konkreter Hinweis auf Widerstreit.

102 ZVW 27 34 f.

103 Good 26 f.; Knapp 87; Pfander 30; Trüeb 37 f.; SJZ 15 153 Nr. 35; vgl. ZBGR 37 17.

104 Vgl. § 22. bei Anm. 167.

105 ZVW 27 35.

106 Egger 392 N 24; Knapp 150.

107 BGE 59 II 112; Egger 392 N 27.

108 Kaufmann 392 N 43; Egger 397 N 2.

109 Egger 392 N 39; ZBGR 22 91 f., vgl. 16 96 ff.

110 Egger 392 N 25, 413 N 10; vgl. § 22. B. I. 3.

111 BISchK 11 16 Nr. 9.

112 ZBGR 44 22.

113 Vgl. vorne II. 1.

Der Ersatzbeistand ist direkter Vertreter des Verbeiständeten<sup>114</sup> und nicht etwa Vertreter des verhinderten Vertreters, sonst wäre die Interessenkollision gar nicht ausgeschaltet<sup>115</sup>.

Sollte eine dauernde Interessenkollision eintreten, so genügt ein blosser Ersatzbeistand nicht mehr und muss der Beistand seines Amtes enthoben werden (ZGB 443 I, 384 Ziff. 3)<sup>116</sup>.

## § 36. *Besondere Aufgaben des Beistandes*

### A. *Allgemeines*

Die eigentliche Aufgabe des Beistandes in einer AG ist, sich möglichst bald überflüssig zu machen. Dazu hat er in erster Linie alles in seiner Macht Stehende vorzukehren, um die AG wieder ohne seine Hilfe funktionsfähig zu gestalten. Das mag etwa Nachforschung nach den Aktionären erfordern; dagegen hat der Beistand sich nicht in den Streit um das Eigentum an Aktien einzumischen<sup>1</sup>. Erst wenn es sich – u.U. nach Jahren<sup>2</sup> – als dauernd unmöglich erweist, dem Problem beistandschaftlich beizukommen, wird die AG nach allfälliger (öffentlicher) Androhung an die Aktionäre zu liquidieren (ZGB 403, 422 Ziff. 3) und anschliessend nach HRV 89 zu löschen sein<sup>3</sup>.

### B. *Interessenkollision und Stimmengleichheit*

Bei Interessenkollision ist die Tätigkeit des Beistands auf die betreffende Angelegenheit beschränkt, denn für alle übrigen Rechtshandlungen bleiben die eigenen Organe der AG berechtigt und verpflichtet<sup>4</sup>.

Ähnlich verhält es sich bei Stimmengleichheit in GV oder Verwaltungsrat, wo der Beistand gleichsam den Stichentscheid fällt.

114 Egger 392 N 25; Knapp 150; a.M. Kaufmann 392 N 46.

115 Pfander 31; BGE 99 II 368 f.

116 Pfander 38; Kaufmann 392 N 25.

1 Kaufmann, Beistandschaft 44.

2 Schroff 84.

3 Schroff 97, der aber die richtige Reihenfolge von Liquidation und Löschung verkehrt; vgl. § 28. C.; von Waldkirch 29.

4 Schroff 83.

## C. *Fehlen der Organe*

### I. *Veranlassung der Wahl einer Verwaltung*

Kann eine wahlfähige GV einberufen werden und sorgen untergeordnete Organe in genügender Weise für die Verwaltung der AG, ist das die einzige Aufgabe des Beistands. Aber auch wenn er Verwaltungsaufgaben zu erfüllen hat, bleibt dies sein oberstes Ziel<sup>5</sup>. Er soll, da nur die GV eine Verwaltung wählen kann (OR 698 Ziff. 2), unverweilt oder doch sobald die nötige Anzahl Aktionäre nicht mehr an einem Erscheinen verhindert ist, eine (a.o.) GV einberufen, wobei hier und an der GV selbst OR 700 ff. beachtet werden müssen.

Der Beistand wird die GV präsidieren, weisen doch die Statuten den Vorsitz meist einem Mitglied des Verwaltungsrats zu. Schweigen diese, kann die GV selbst irgendeinen Aktionär bestimmen<sup>6</sup>. Jedenfalls lässt sich trotz Schweigens des Gesetzes eine GV ohne Vorsitz kaum denken<sup>7</sup>. Ist die neue Verwaltung aber bestellt, muss der Beistand gegebenenfalls seinen Vorsitz abgeben, da er seine Mission erfüllt hat<sup>8</sup>. Erscheint es trotz Anwesenheit aller Aktionäre unmöglich, den Verwaltungsrat mit der statutarischen Mindestzahl zu besetzen, so mag dieser Schwierigkeit allenfalls Abtretung von Aktien an neue Mitglieder oder eine Statutenänderung abhelfen<sup>9</sup>.

### II. *Handeln anstelle der GV*

In glücklicher Abwendung von seiner Ansicht über die GV als erforderliches Organ sagt Schroff<sup>10</sup>: Wenn schon unbestrittenermassen die Vormundschaftsbehörde mit Zustimmung der Aufsichtsbehörde (ZGB 422 Ziff. 3) als schwersten Eingriff in die Rechte der juristischen Person deren Liquidation verfügen kann, so darf wenn nötig die Vormundschaftsbehörde und gegebenenfalls die Aufsichtsbehörde den Beistand als weniger weit gehende Massnahme gestützt auf ZGB 419 II i.V.m. 403 zu einer Statutenänderung anweisen.

Diese Aussage ist der Verallgemeinerung fähig, indem alle Akte der GV darunter subsumiert werden können, die unter dem Gesichtspunkt der Wahrung vormundschaftlich relevanter Interessen nottun<sup>11</sup>. Der anstelle der GV handelnde Beistand

5 Schroff 84 f.; vgl. SJ 84 217; ZVW 15 153 Nr. 21.

6 Bürgi 702 N 16; Forstmoser/Meier-Hayoz 151 N 23.

7 E. Neidhardt: Der Vorsitzende in der GV der AG, in: SAG 4 121 ff., 121 f.

8 Dies alles gilt entsprechend für die Wahl einer Kontrollstelle, falls die Zeit dazu noch ausreicht; andernfalls ist gemäss nachstehend II. vorzugehen.

9 Schroff 85 f.; Siegwart 625 N 45; SJZ 26 383.

10 96 f.

11 Vgl. § 19. B. III.

erscheint dann nicht als gesetzlicher Vertreter der AG, wohl aber als Organ<sup>12</sup>. Was die Mitwirkung der vormundschaftlichen Behörden betrifft, so wird es sich in aller Regel um eine Verfügung i.S. von ZGB 419 II handeln.

Für Anfang und Ende der Handlungsmacht des Beistands trifft das in § 35. C. I. Gesagte zu. Er darf diese niemals eigenmächtig delegieren. Das Anhörungsprinzip (ZGB 409, § 35. C. V.) ist hier analog auf erreichbare Aktionäre anzuwenden. Auch gilt die Ausstandsregel von ZGB 392 Ziff. 2 f.

Gegen den anstelle der GV handelnden Beistand und die mitwirkende Behörde kann nach ZGB 420 wohl Beschwerde geführt werden<sup>13</sup>, doch lässt sich ein gefasster "GV-Beschluss" dadurch nicht umstossen. Hiezu ist der Weg von OR 706 einzuschlagen.

### § 37. *Ordentliche Vermögensverwaltung*

#### A. *Bei Amtsübernahme*

Die Regeln von ZGB 398 ff. gelten grundsätzlich auch für den Verwaltungsbeistand<sup>1</sup>, und zwar nicht nur für den ersten Amtsträger, sondern sinngemäss auch für seine Nachfolger<sup>2</sup>.

#### I. Inventar

##### 1. Zweck

Das Inventar ergibt einen unerlässlichen Überblick für die weiteren Massnahmen nach ZGB 399 ff. Des weiteren bildet es die Grundlage für die Vermögensverwaltung allg. (ZGB 413, 423, 451) sowie für die Verantwortlichkeit<sup>3</sup>.

<sup>12</sup> Vgl. § 35. A. II.

<sup>13</sup> Dies alles gilt entsprechend für den anstelle der Kontrollstelle handelnden Beistand, ausgenommen die Aussagen zu ZGB 419 II und 409.

<sup>1</sup> Pfander 81; Egger 419 N 9; Kaufmann 419 N 11 ff.; Sauter 18; Schrott 91 f.; SJZ 25 84 Nr. 15 für Beiratschaft; vgl. Trüb 83 ff.

<sup>2</sup> Kaufmann vor 398 N 5; Hefti 144; Curti 398 N 6.

<sup>3</sup> Egger 398 N 20, 22; Kaufmann 398 N 1, 19 f.; Sauter 19; BGE 50 II 439 E 3; Zellweger 37; Schrott 89; Hefti 142; ZVW 3 144; Pfander 81.

## 2. Anwendbarkeit auf Beistandschaft

Die Inventarpflicht von ZGB 398 besteht gemäss 367 III grundsätzlich auch für die Beistandschaft<sup>4</sup>, denn der vorerwähnte Zweck muss auch hier erfüllt werden. Ein blosses Privatverzeichnis des Beistands genügt demnach nicht<sup>5</sup>.

Der Wortlaut von ZGB 398 I macht jedoch klar, dass nur da ein Inventar aufgenommen werden muss, wo es überhaupt zu eigentlichen Verwaltungshandlungen kommen wird<sup>6</sup>. Aber auch in Fällen, die vom Standpunkt der Vermögensimplikation als relativ bedeutungslos erscheinen, ist vom Inventarverfahren Umgang zu nehmen<sup>7</sup>. Und schliesslich darf auf ein Inventar verzichtet werden, wenn dem Beistand nicht allg. Vermögensverwaltung obliegt, sondern nur eine oder einige wenige klar abgegrenzte Handlungen<sup>8</sup>. In allen diesen Beistandschaften spielen ZGB 398 ff. allg. eine geringe Rolle<sup>9</sup> und es genügt eine Rechenschaftsrechnung des Beistands.

Für das Inventar gibt es zudem Ersatzformen. So kann, wenn das im Interesse des Verbeiständeten liegt, das Konkursverfahren diese Funktion übernehmen, denn nach SchKG 232 ergeht ein öffentlicher Schuldenruf, welcher den wesentlichsten Zweck des öffentlichen Inventars erfüllt<sup>10</sup>. Oder der Beistand überprüft ein bereits vorhandenes Inventar auf seine Vollständigkeit und Richtigkeit. Es kommt hier namentlich das in der Schlussrechnung des Amtsvorgängers enthaltene Inventar in Betracht<sup>11</sup>, solange an ihr nicht begründete Zweifel bestehen<sup>12</sup> oder sonst im Vermögen keine grossen Umwälzungen stattgefunden haben<sup>13</sup>. Gegen die Übernahme von Jahresrechnung, Bilanz und Inventar der AG kann die volle Ausschöpfung des gesetzlichen Bewertungsunderstatements (OR 663 II) sprechen (vgl. OR 662 ff., 959 f.), doch dürfen sie verwertet werden<sup>14</sup>.

4 Schroff 87; SJZ 19 285 Nr. 56 E 2; Curti 367 N 10; Zwingli 31, 42; Kaufmann, Beistandschaft 43; Pfander 81.

5 Hefti 143; a.M. Trüb 84.

6 Gl.M. MBVR 13 154 f.

7 Vgl. Egger 398 N 21; Sauter 19.

8 Vgl. MBVR 18 73 f.; SJZ 16 337 Nr. 218.

9 Pfander 44; vgl. Egger 398 N 19.

10 ZVW 26 117 E 3.

11 Max Hess: Wegleitung für Vormünder, 4. Auflage, Zürich 1969, S. 15.

12 Curti 398 N 6; Kaufmann 419 N 11, 398 N 23, der etwas zu allg. auf ZGB 445 verweist; Zellweger 38; Egger 398 N 21, der Pflichtvergessenheit und Zahlungsunfähigkeit des Vorgängers erwähnt.

13 Hefti 144 f.

14 Egger 398 N 24; Schroff 88.

### 3. Arten

Für Trüeb<sup>15</sup> scheint nur ein Inventar nach ZGB 398 I in Frage zu kommen. Nun kann aber und muss wohl auch die (im Zweifel erstinstanzliche) Aufsichtsbehörde von sich aus oder auf Antrag deshalb auch nur von Beistand *oder* Vormundschaftsbehörde ein öffentliches Inventar nach ZGB 398 III anordnen<sup>16</sup>, wenn anders keine zuverlässige Feststellung des Vermögens erlangt werden kann. Alle daneben noch angerufenen Umstände, wenn z.B. ohne öffentliches Inventar das Risiko der Vormundschaftsbehörde zu gross würde<sup>17</sup>, es sich um ein Geschäft handle, der Beistand ein Vermögen zu liquidieren habe<sup>18</sup> oder sonst die Interessen des Verbeiständeten für ein öffentliches Inventar sprächen<sup>19</sup>, vermögen ein öffentliches Inventar nicht zu rechtfertigen<sup>20</sup>, schon weil nicht einzusehen ist, was damit erreicht werden soll. Die allenfalls angestrebte Ausschlusswirkung gibt auf alle Fälle für sich allein keinen legitimen Zweck ab<sup>21</sup>, sondern kann bloss Folge eines solchen sein.

Ist ein öffentliches Inventar aber geboten, so begründet Nichtanordnung die Verantwortlichkeit der Aufsichtsbehörde<sup>22</sup> und Nichtbeantragung diejenige von Beistand und Vormundschaftsbehörde<sup>23</sup>.

### 4. Inhalt

Der Inhalt des Inventars richtet sich nach ZGB 398 I und III. Umstritten ist, ob das Inventar gemäss dem deutschen Text sich nur auf das zu verwaltende Vermögen erstreckt<sup>24</sup> oder gemäss dem französischen alle Aktiven und Passiven einschliesst<sup>25</sup>. Der ratio legis entspricht wohl eher die erstere Ansicht.

Das Verzeichnis soll klar, möglichst detailliert und vollständig sein<sup>26</sup>. Aufzunehmen sind auch Dritten verpfändete Objekte und – allenfalls mit Rechtshilfe auswärtiger Vormundschaftsbehörden – ausserhalb des Vormundschaftskreises liegendes Gut<sup>27</sup>. Bes. vermerkt werden müssen unsichere Forderungen und Rechte, dagegen nicht offensichtlich ungültige. Obwohl im Gesetz nicht eigens erwähnt,

15 84.

16 Curti 398 N 13 f.; Hefti 144; BGE 51 II 266.

17 SJZ 19 285 Nr. 56; Schroff 87; Pfander 82.

18 Pfander 86; etwas Derartiges ergibt sich auch nicht aus OR 742 ff.

19 Hefti 144; Curti 398 N 11.

20 Egger 398 N 30 f.; ZVW 3 144, 26 116 Nr. 31; vgl. MBVR 10 476 f.

21 Vgl. Schroff 90; Zellweger 40.

22 Curti 398 N 11; Kaufmann 398 N 15 f.

23 Vgl. Hefti 144; Zellweger 40.

24 So Pfander 82; Sauter 19; Trüeb 84; Streit 75.

25 So Schroff 87; Hefti 143; Curti 398 N 5; Egger 398 N 24; zaudernd Kaufmann 398 N 4.

26 Curti 398 N 5.

27 Schroff 87.

sollen alle Vermögensobjekte geschätzt werden<sup>28</sup>, um Vermögensstand und Solvenz des Verbeiständeten festzustellen. Dies kann den Beizug Sachverständiger erfordern<sup>29</sup>. Anzugeben ist jeweils der Verkehrswert bzw., da kaufmännische Bewertungsgrundsätze (OR 959 f.) gelten<sup>30</sup>, ein eventuell höherer Geschäftswert (OR 960 II). Insbes. sind OR 662 ff. (OR 960 III) anwendbar, ausgenommen der geschäftspolitisch bedingte Art. 663 II.

## 5. Verfahren

### a) Zeitpunkt

Die Inventaraufnahme hat sofort bei Übernahme des Amtes (ZGB 398 I) zu erfolgen und muss vom Beistand bei Verzögerung auch verlangt werden<sup>31</sup>, weil einzig dies Gewähr für umfassende Feststellung, Zuverlässigkeit und Schutz gegen Verdächtigung und unbegründete Ansprüche bietet<sup>32</sup>.

### b) Auskunftspflichtete

Eine Mithilfepflicht bei Aufstellung des Inventars i.S. von Auskünften und Vorlegen von Unterlagen trifft einmal Aktionäre, Organe und Angestellte der AG. Das gilt aber nach h.M. gleichfalls für Vertragspartner der AG wie Versicherungen und Banken<sup>33</sup>, und zwar nicht als reine Editionsspflicht nach OR 963 oder kantonalem Prozessrecht, sondern als umfassende schuldnerische Nebenpflicht nach Treu und Glauben gegenüber dem Beistand als Vertreter der AG<sup>34</sup>. Das Bankgeheimnis im speziellen kann jedoch auch der Vormundschaftsbehörde nicht entgegengehalten werden, weil sie kein Dritter i.S. des Kundenschutzes ist<sup>35</sup> und anders ihre Aufsicht über den Beistand nicht auszuüben vermöchte<sup>36</sup>.

28 Hefti 143; Kaufmann 398 N 4, 6.

29 Zellweger 38; Kaufmann 398 N 10, 12.

30 Egger 398 N 24 ff.

31 Kaufmann 398 N 7, 11 und ders., Beistandschaft 43.

32 Egger 398 N 22.

33 Kaufmann 398 N 9.

34 Egger 398 N 29 mit Zit.; SJ 91 197.

35 Schroff 88; a.M. Delachaux (zit. § 26. Anm. 50) ausserhalb des Geltungsbereiches von ZGB 386; allg. A. Schaefer, am selben Ort S. 101: Das Auskunftsrecht des Beistands hänge zudem von seinen Befugnissen ab — wenn aber schon ein Inventar erstellt wird, ist m.E. an seiner Auskunftsberechtigung nicht zu zweifeln; vgl. auch ZVW 4 28.

36 ZVW 4 28 f.

Unter Zustimmung zum hier Ausgeführten hat das BGer.<sup>37</sup> im Falle eines Anwaltes weitergehend, aber nicht unter vertragsrechtlichem Aspekt ausgeführt: Obwohl das Vormundschaftsrecht keine ausdrückliche Norm enthält, ist der Anwalt wie jeder Dritte von Bundesrechts wegen gegenüber Beistand und Vormundschaftsbehörde zur Auskunft verpflichtet, soweit die Erfüllung vormundschaftlicher Aufgaben dies erfordert und keine schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen des Verbeiständeten entgegenstehen. In concreto ist nicht einmal Entbindung vom Anwaltsgeheimnis durch die Aufsichtsbehörde nötig.

Für das öffentliche Inventar insbes. mag ein Verweis auf ZGB 581 II aufschlussreich sein<sup>38</sup>.

### c) Rechte des Verbeiständeten (ZGB 398 II)

Dieser Absatz hat natürlich wieder nur eine Bedeutung, wenn die AG noch Verwaltungsorgane besitzt. Auch hier handelt es sich bloss um eine Ordnungsvorschrift, deren Nichtbeachtung aber Verantwortlichkeit nach sich ziehen kann<sup>39</sup> und jedenfalls einen Beschwerdegrund darstellt<sup>40</sup>. Tunlich erscheint der Zuzug der Vertreter — oder eines diese Vertretenden —, wenn seine Auskünfte notwendig, untunlich, wenn sie auf andere Weise erhältlich sind. Über die Tunlichkeit entscheiden der Beistand<sup>41</sup> und der "Vertreter" der Vormundschaftsbehörde<sup>42</sup>.

### d) Privates Inventar insbesondere

Die Pflicht zur Inventaraufnahme trifft Beistand und Vormundschaftsbehörde, die sich dabei durch ein Mitglied oder einen ad hoc bezeichneten Dritten vertreten lässt<sup>43</sup>.

Nötigenfalls kann ein Schuldenruf ergehen<sup>44</sup>, der aber nicht die Ausschlusswirkung des öffentlichen Inventars besitzt<sup>45</sup>. Im übrigen richten sich Aufnahme und Form nach kantonalem Recht, obwohl dafür ein Vorbehalt fehlt (vgl. ZGB

37 ZVW 29 79 E 2c.

38 Egger 398 N 31: Hier muss auch das Bankgeheimnis weichen.

39 Curti 398 N 8.

40 Egger 398 N 28.

41 Nur so Kaufmann 398 N 8.

42 Curti 398 N 8.

43 Kaufmann 398 N 7; Egger 398 N 27; Hefti 143.

44 Kaufmann 398 N 4; Zellweger 38: in der Regel; vgl. auch ZBJV 63 239; Egger 393 N 8; BGE 51 II 265 f.

45 Müller (zit. Anm. 61) 13; Schrott 88, 90.

425 II)<sup>46</sup>. Allerdings soll das Inventar von Beistand und Vertreter der Vormundschaftsbehörde unterzeichnet und von der Vormundschaftsbehörde abgenommen werden unter allfälliger Anordnung von Berichtigungen und Ergänzungen<sup>47</sup>.

#### *e) Öffentliches Inventar insbesondere*

Die Durchführung ist hier Sache der vom kantonalen Recht – dieses tritt wiederum ergänzend in Erscheinung<sup>48</sup> – und eventuell von der Aufsichtsbehörde bezeichneten Behörde, also in der Regel nicht des Beistandes. Es wird meist die gleiche sein wie beim erbrechtlichen Inventar, muss es aber nicht<sup>49</sup>.

Obgleich ZGB 398 III nur auf die Wirkungen des erbrechtlichen Inventars verweist, muss doch auch das dortige Verfahren zumindest in dem Umfange angewendet werden, als die Wirkungen davon abhängen. Kaufmann<sup>50</sup> will folglich nur ZGB 582 gelten lassen; Egger<sup>51</sup> dehnt aus auf 581, während die übrigen Autoren<sup>52</sup> auch noch 583 f. dazunehmen. M.E. ist die Anwendung aller erwähnten Artikel sinnvoll, mit Ausnahme von ZGB 584 I.

#### *f) Kosten*

Die Kosten des Inventars gehen zu Lasten des Verbeiständeten<sup>53</sup>, was sich beim öffentlichen Inventar m.E. schon aus ZGB 584 II ableiten lässt. Bei Uneinbringlichkeit trägt sie das für die Beistandschaft zuständige Gemeinwesen, denn das Inventar darf nicht wegen der Kostenfrage unterbleiben<sup>54</sup>.

46 Vgl. Kaufmann 398 N 17, 28 ff.; Schroff 88.

47 Hefti 143; Kaufmann 398 N 12 f.; Zellweger 38; Curti 398 N 5.

48 Vgl. Kaufmann 398 N 28 ff.; Curti 398 N 16.

49 Kaufmann 398 N 17.

50 398 N 17.

51 398 N 31.

52 Hefti 144; Curti 398 N 16; Schroff 88.

53 Schroff 90.

54 Vgl. Kaufmann 398 N 18; ZBGR 33 32 ff.

## 6. Wirkung des öffentlichen Inventars

### a) *Begrenzung*

Aus der Entstehungsgeschichte von ZGB 398 III ergibt sich, dass er als bes. Wirkung des öffentlichen Inventars nur ZGB 590 im Auge hat<sup>55</sup>. Weil von der Wirkung für die Gläubiger die Rede ist und der Begriff Erbe hier sowieso keinen Sinn ergibt, kommen ZGB 387–389 nicht in Frage<sup>56</sup>. Ebensowenig ist ZGB 591 anwendbar<sup>57</sup>, da er schon gemäss Marginalie nicht zu den Wirkungen zählt, aber auch mat. nicht zu rechtfertigen wäre. Dasselbe gilt für ZGB 586. Der Rechtsstillstand während des erbrechtlichen Inventars ist Folge der Ungewissheit, ob die Erben die Erbschaft antreten werden. Eine solche Ungewissheit besteht aber beim vormundschaftlichen Inventar nicht<sup>58</sup>.

So wenig wie das private Inventar schafft das öffentliche einen Beweis für die Existenz der aufgenommenen oder die Nichtexistenz der fehlenden Rechte und Pflichten<sup>59</sup>, da es abgesehen von ZGB 590 nur von interner Bedeutung ist<sup>60</sup>.

### b) *ZGB 590 I*

Niemand bestreitet die Geltung dieses Absatzes. Wenn aber die Ausschlusswirkung im Erbrecht ihren Sinn hat, so verhält es sich anders im Vormundschaftsrecht.

Warum sollten bestehende Forderungen untergehen und Gläubiger bevorzugt werden, deren Forderungen erst nach Inventaraufnahme entstehen?

Nun kann aber die klare Gesetzesvorschrift nicht umgangen werden; andernfalls hätte das öffentliche Inventar gegenüber dem privaten auch keine Bedeutung mehr. Die Ausschlusswirkung bleibt jedoch auf die Dauer der Beistandschaft beschränkt<sup>61</sup>. Auch damit dürfte der hier einzig ensehbbare Zweck der Ausschlusswirkung erreicht werden, nämlich eine zuverlässige Bestandesaufnahme zu sichern<sup>62</sup>.

55 BGE 38 I 302, 304.

56 Unzutreffend daher der Verweis von Curti 398 N 17 auf ZGB 589.

57 A.M. ZR 12 25 Nr. 16.

58 BGE 38 I 301 ff., 77 III 58 E 2; ZBJV 79 222; BLSchK 29 31 f.; Egger 398 N 33; Kaufmann 398 N 22; Schroff 89 f.; ZR 12 25 f.

59 Schroff 89; Kaufmann 398 N 19 f.; MBVR 34 287.

60 Zellweger 38; vgl. vorne 1.

61 Otto Müller: Das öffentliche Inventar im Vormundschaftsrecht (ZGB 398), in: ZBJV 60 1 ff., 2 ff.; Kaufmann 398 N 21; Zellweger 39 f.; unentschieden Egger 398 N 32; a.M. wohl ZVW 26 116 Nr. 21; von Tuhr/Escher 162.

62 ZVW 3 144 f.; a.M. ZBJV 63 238 f.

c) *ZGB 590 II/III*

Der Anwendung von ZGB 590 III steht nichts im Wege<sup>63</sup>. Es mag hier noch ergänzt werden, dass eine Anmeldung von Forderungen auch wegen OR 124 II unterbleiben kann, wenn die Voraussetzungen einer Verrechnung vorliegen<sup>64</sup>.

Dagegen ist ZGB 590 II nicht anzuwenden<sup>65</sup>, schon weil der Begriff der Bereicherung hier fehl am Platze erscheint. Kaufmann<sup>66</sup> möchte eine Analogie bilden: Solche Forderungen seien nur insoweit zu erfüllen, als die Aktiven die angemeldeten Forderungen übersteigen bzw. soweit eine Liquidation einen entsprechenden Überschuss ergebe. Ich möchte das deshalb ablehnen, weil die Wirkung des öffentlichen Inventars wie gesehen einen Anmeldungsdruck auf die Gläubiger ausüben soll und die Gläubiger dem hier entsprochen haben oder es nicht konnten.

d) *Forderungen nach ZGB 583 I*

Diese Forderungen sind bei Nichtaufnahme von den Wirkungen von ZGB 590 I auszunehmen<sup>67</sup> und wie angemeldete zu behandeln. Dies liegt i.S. der Minimalisierung eines unmotivierten Ausschlusses, und es kann deshalb noch einmal nicht ZGB 590 II angewendet werden<sup>68</sup>.

Eine Kontroverse besteht bezüglich der Steuerregister. Nach der einen, m.E. zutreffenden Auffassung stellen diese öffentliche Bücher i.S. von ZGB 583 I dar<sup>69</sup>, nach der anderen sind nur nach eidgenössischem Recht öffentliche Bücher gemeint<sup>70</sup>. Will man letzterem zustimmen, erhebt sich die umstrittene Frage, ob Steuerforderungen bei Nichtanmeldung zum öffentlichen Inventar untergehen.

e) *Unterliegen Steuerforderungen ZGB 590?*

Es sei vorausgeschickt, dass wir uns hier natürlich nur mit Steuern befassen, die bis zum Abschluss des Inventars festgestellt werden können<sup>71</sup>.

63 Egger 398 N 32; Kaufmann 398 N 21.

64 ZBJV 63 237 E 3.

65 Egger 398 N 32.

66 398 N 21.

67 Kaufmann 398 N 21; a.M. ZBGR 37 221 E 3; Tuor/Picenoni 589 f. N 12.

68 A.M. Kaufmann 398 N 21; Gautschi, Inventar 342; ZVW 3 146 f.; Escher 589 f. N 8; Tuor/Picenoni 589 f. N 12; ZBGR 37 221 E 3; die Erbrechtskommentare verweisen den unbefriedigten Gläubiger auf Rückgriff gegen den fehlbaren Beamten.

69 Tuor/Picenoni 583 N 2; Rossel/Mentha II 184; wohl auch BGE 102 Ia 490.

70 Escher 583 N 2; Curti 583 N 2.

71 Vgl. ZBl 39 143, 75 539; BGE 102 Ia 490.

Nach der einen extremen Ansicht erfordert der Zweckgedanke des Gesetzes, dass auch öffentlich-rechtliche Forderungen anzumelden sind, so dass die Kantone nicht nach ZGB 6 etwas anderes bestimmen dürfen<sup>72</sup>. Nach der Gegenmeinung ergibt sich gerade auch aus ZGB 6, dass ZGB 590 bloss privatrechtliche Forderungen beschlägt<sup>73</sup>. Im Zwischenbereich wird einerseits gesagt, dass ZGB 590 subsidiär gelte und nur kraft ausdrücklicher Norm die Anmeldepflicht entfalle<sup>74</sup>, andererseits, dass lediglich aufgrund ausdrücklicher Unterstellung ZGB 590 anwendbar sei<sup>75</sup>.

## II. Vermögensanlage

ZGB 399–404 sind auf die Verwaltungsbeistandschaft nur im übertragenen Sinne anwendbar; namentlich bei kürzerer Beistandschaft ginge es nicht an, unesehen die Grundsätze der vormundschaftlichen Vermögensverwaltung zu befolgen und eine Umgestaltung der Vermögensverhältnisse vorzunehmen<sup>76</sup>. Dies gilt in bes. Masse für die AG.

### 1. Verwahrung von Wertsachen (ZGB 399)

#### a) Grundsatz und Ausnahmen

ZGB 399 gilt auch für den Beistand<sup>77</sup>, und es ist sogar seine Pflicht, für dessen Beachtung zu sorgen<sup>78</sup>. Bundesrecht bestimmt die zu verwahrenden Gegenstände. Dabei stellen "Wertschriften" einen wirtschaftlichen Begriff dar<sup>79</sup>, umfassen aber

72 H. Albisser: Die Anmeldung öffentlich-rechtlicher Forderungen im öffentlichen Erbschaftsinventar, in: SJZ 36 327 ff., 333; Escher 582 N 10; ZR 28 162 Nr. 78; ZVW 3 145 f.

73 Vgl. Jos.F. Plattner: Öffentliches Inventar und Steuersukzession der Miterben, in: SJZ 25 96 ff., 98; ZBl 75 537 ff.

74 BGE 102 Ia 491 f. für kantonale Ebene; Albisser l.c. 327 für eidgenössische Ebene; allg. André Grisel: A propos de la succession en droit public, in: Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, S. 297 ff., 311 f.; ZBl 39 140, 40 436 f.; BGer. in Archiv für Schweizerisches Abgaberecht 19 396; Gautschi, Inventar 343 für kantonale Ebene.

75 So BJM 1968 194 f.; Günter Röhrig: Steuersukzession, Diss. Zürich 1951, S. 71 f.; BGer. in ZBl 41 47; BGE 59 II 316; Alexander Beck: Erbgang VIII, Erwerb der Erbschaft 3: Das öffentliche Inventar, in: Schweizerische juristische Kartothek Nr. 780, S. 4 Ziff. 10; BGE 102 Ia 488 f. mit Zit. für eidgenössische Ebene; Josef Otto Schneider: Die Steuernachforderung bei direkten Steuern, Bern 1945, S. 81; Gautschi, Inventar 343 für eidgenössische Ebene; ZBl 29 557 ff.

76 Sauter 19.

77 Sauter 20; Disler 32.

78 Kaufmann 399 N 1; Hefti 145, 161.

79 Vgl. Disler 25; Hess, Vormundschaft 87.

auch Wertpapiere, und "wichtige Dokumente" meinen z.B. Vertragsurkunden, Abrechnungen, wichtige Rechtsentscheidungen<sup>80</sup>.

Die von der Depositionspflicht auszunehmenden Gegenstände haben m.E. nicht die Kantone nach ZGB 425 II zu bezeichnen<sup>81</sup>, sondern die Vormundschaftsbehörde unter Berücksichtigung der Verwaltungsbedürfnisse. So sind dem Beistand zumindest zu überlassen zur Vermögensverwaltung benötigte Kauf-, Mietverträge und Forderungstitel, Zinsscheine auf wenigstens 1 Jahr und etwa ein Sparheft mit angemessenem Betrag zur Deckung der laufenden Bedürfnisse<sup>82</sup>. Soweit die Prüfung dazu Anlass gibt, muss aber die Vormundschaftsbehörde unter ihrer Verantwortlichkeit sich bei der Rechnungsablage solche Titel vorlegen lassen<sup>83</sup>.

Von der Hinterlegung befreit sind a priori Gegenstände, die auch noch anderen Personen gehören oder ihnen verpfändet sind<sup>84</sup>.

## b) Aufbewahrungsort

Dieser wird von der Vormundschaftsbehörde bezeichnet, wenn kantonale Normen nach ZGB 425 II fehlen<sup>85</sup>. Im übrigen besteht die Aufsicht der Vormundschaftsbehörde darin, dass eine Wegnahme von Titeln nur unter ihrer Mitwirkung oder doch Einwilligung erfolgen kann und dass sie mindestens jährlich eine Kontrolle durchführt<sup>86</sup>. Diese Aufsicht ist v.a. wesentlich beim offenen Depot auf einer Bank<sup>87</sup>, aber auch ohne weiteres möglich<sup>88</sup>.

Gegenüber allen kantonalen Vorschriften und Ansichten, die ausschliesslich die Schirmlade und das Gemeindearchiv<sup>89</sup> oder daneben nur die Kantonal- oder Nationalbank<sup>90</sup> für sicher i.S. von ZGB 399 halten, sei bemerkt, dass einmal alle bedeutenden Banken der Schweiz, aber auch garantiert sichere schweizerische Filialen ausländischer Banken<sup>91</sup> als sicher<sup>92</sup> angesehen werden können, und dass zudem auch ein offenes Bankdepot alle nötigen Garantien bietet<sup>93</sup>, ja sogar empfehlenswert ist, indem der Verkehr erleichtert wird und die Bank zudem den Coupdienst versieht. Fast durchwegs besteht dann ein Kontokorrent-Konto, über welches der

80 Kaufmann 399 N 3, 7; Egger 399 N 6; Curti 399 N 1, 3.

81 So Hefti 145; vgl. Disler 26.

82 Kaufmann 399 N 4; Egger 399 N 8; MBVR 13 153 f.; Zwingli 44, 65.

83 Disler 25 f.; Hefti 225; Zellweger 48.

84 Zwingli 44 Anm. 79; Egger 399 N 8.

85 Kaufmann 399 N 16; SJ 34 349 f.; Zellweger 48; Hefti 145 f.; Egger 399 N 3; Disler 26.

86 Egger 399 N 10 ff.; Zellweger 48.

87 Kaufmann 399 N 10, 14.

88 Disler 29, 31.

89 Das ist entgegen Disler 29 immerhin nicht ungesetzlich.

90 So noch ZBl 55 167 ff.

91 SJZ 9 11 Nr. 1.

92 Dazu Kaufmann 399 N 9.

93 Frei 445; Kaufmann 399 N 16; a.M. MBVR 14 264 f.

Beistand verfügt<sup>94</sup>, allerdings nur bis zu einem nach den laufenden Bedürfnissen zu bestimmenden Betrag<sup>95</sup>.

### c) *Spezielles für die AG*

Von der Aufbewahrungspflicht sind solche Gegenstände auszunehmen, die der Beistand zu seiner Amtsführung zwar nicht benötigt, die aber Organe, Angestellte oder Beauftragte der AG brauchen oder die sich sonst schon in genügender Sicherheit befinden. Das liegt i.S. eines beschränkten Eingriffes in die Verhältnisse der AG.

## 2. Veräußerung beweglicher Sachen (ZGB 400)

Von vornherein fällt bei einer AG einmal ZGB 400 II ausser Betracht. Für Geschäftsaktiven verweist Kaufmann<sup>96</sup> auf ZGB 403, doch ist dort für einzelne Gegenstände dieselbe Frage zu beantworten. Für deren Beibehaltung sprechen die allfällige Kürze der Beistandschaft und m.E. im Zweifel der Grundsatz möglichst zurückhaltenden Eingreifens. Eine Veräußerung mag nahelegen ein nicht anders zu befriedigender Geldbedarf oder der Umstand, dass der zinsbringende Erlös der verkauften Gegenstände vorteilhafter erscheint als diese selbst<sup>97</sup>. Die Vormundschaftsbehörde befindet über Ob und Umfang einer Veräußerung sowie die Form des Verkaufs, wobei letzteren Punkt entscheidet, welches Verfahren das bessere Ergebnis verspricht<sup>98</sup>.

## 3. Anlage von Barschaft (ZGB 401)

### a) *Mündelsicherheit positiv*

ZGB 401 gilt auch für die Beistandschaft<sup>99</sup>. Es geht darin v.a. um die sogenannte Mündelsicherheit. Nun gibt es allerdings keine absolut sichere, risikofreie Kapitalanlage, was namentlich die angepriesenen Staatspapiere in Krisensituationen zeigen. Deshalb muss der Begriff insbes. des mündelsicheren Papiers eingeschränkt werden

94 Disler 29 ff.; vgl. Kaufmann 399 N 11; Zellweger 48 f.

95 Egger 399 N 12.

96 400 N 1.

97 Kaufmann 400 N 4 ff.; Egger 400 N 3; Sauter 20.

98 Curti 400 N 2 f., 5; Hefti 212 f.; Egger 400 N 2; Kaufmann 400 N 8, 10.

99 Sauter 20; Disler 2.

auf jenes mit kleinstem Verlustrisiko, das den geringsten Wertschwankungen ausgesetzt ist und wenigstens einen bescheidenen Ertrag gewährleistet<sup>100</sup>.

Sicherheit kann bei der heutigen Inflation des weiteren nicht mehr nur Bonität des Schuldners bedeuten, sondern umfasst auch Erhaltung der Kaufkraft. Die Praxis indes zeigt eine Bevorzugung festverzinslicher Nominalwerte (z.B. Obligationen), wo die Erhaltung des Realwertes oft Probleme stellt. Grund dafür ist die Handhabung der Verantwortlichkeit: Wer den Nominalwert erhält, tut seine Pflicht, wer Aktien kauft, der spekuliert<sup>101</sup>. Erhaltung bloss des Nominalwerts aber geht an der Funktion des Vermögens vorbei. Anlagen in Aktien und Fonds-Zertifikaten haben an Bedeutung gewonnen und erweisen sich langfristig als den Obligationen überlegen. Man darf daher heute nicht mehr sagen, Obligationen seien sicher und Aktien nicht. Bei einem grösseren Vermögenskomplex und einem erfahrenen oder fachmännisch und seriös beratenen Beistand ist unter Berücksichtigung des konkreten Sachverhaltes Anlage in guten Sachwerten zuzulassen<sup>102</sup>, ja der Beistand wird sich oft konservativen gesetzlichen Ordnungen geradezu entziehen müssen<sup>103</sup>. Das kann ein Anlageverhältnis Nominalwert:Realwert von 1:1, langfristig sogar von 1:2 bedeuten<sup>104</sup>.

#### b) *Mündelsicherheit negativ*

Entgegen dem Wortlaut von ZGB 401 I müssen die Kantone gestützt auf ZGB 425 II neben den Kassen in ihren Anlageverordnungen auch Werttitel bezeichnen können. Da aber die Sicherheit einen Begriff des Bundesrechts darstellt und die Kantone keine absolute Sicherheit zu garantieren vermögen<sup>105</sup>, kommt kantonalen Verordnungen bloss die Bedeutung von Ordnungsvorschriften zu, die weder den Erwerb eines aufgezählten Titels bzw. Anlage in einer autorisierten Bank entschuldigen, wenn diese tatsächlich unsicher sind, noch nicht erwähnte Titel oder Banken verbieten, wenn diese tatsächlich sicher sind<sup>106</sup>. Um dem einzelnen Fall, dem Gebot der Risikoverteilung und den sich wandelnden Kapitalanlageverhältnissen gerecht werden zu können, muss daher der Beistand mit Zustimmung der Vormundschafts-

100 Disler 3; ders., Mündelsicherheit 520; Zellweger 45; Kaufmann 401 N 9; Frei 441 ff.; von Waldkirch, Mündelsicherheit 552; Egger 401 N 6; Knapp 165 f.; Senn 52 ff.

101 Vgl. etwa Disler 39, 74; Jenny 124.

102 Frei 441 f.; eher ablehnend noch Egger 401 N 8.

103 Zellweger 45; vgl. nachfolgend b).

104 Senn 7 ff., 54, 81 ff., der 25 f. bedauert, dass der Bundesrat nach ZGB 425 III eine Luzerner Anlageverordnung ablehnte, die Sachwerte als sicher zulies.

105 Aber nicht, weil die Prüfung durch die Vormundschaftsbehörde nach ZGB 401 I sonst überflüssig wäre; so Kaufmann 401 N 10 und Disler 8.

106 Egger 401 N 4 f.; BGE 78 II 344; Kaufmann 401 N 9, 13; Disler 4 f., 8, 73; Hefti 161, 166 f.; Knapp 166; Jenny 129; unzutreffend daher aber Hefti 168, Kaufmann 401 N 14, Good 62 und Disler 73, wonach die Tatsache der Nichtbeachtung gesetzlicher oder behördlicher Anlageweisungen eine Zufallshaftung begründet.

behörde auch andere, in der Anlageverordnung nicht erwähnte, aber gleichwohl sichere Anlagen tätigen dürfen<sup>107</sup>.

Der Begriff der Mündelsicherheit bedarf nach alldem grösserer Elastizität<sup>108</sup>, ja wenn man die reichlich vagen Definitionen prüft<sup>109</sup>, lässt man ihn am besten gleich fallen. Weil Sicherheit erstens absolut relativ ist und zweitens auch noch von der jeweiligen Anlagesituation abhängt, weil sie zudem komplex erscheint und sich erst aus Anlagekombination ergibt, darf länger nicht von mündelsicheren Objekten und anderen gesprochen werden<sup>110</sup>. Und wenn z.B. Egger<sup>111</sup> sagt, anzulegende Gelder gehörten nicht zum wirtschaftlich werbenden Kapital, sie wären aus dem Produktionsprozess herauszunehmen und sollten dessen Risiken nicht mittragen, so stimmt das in der Regel zumindest für eine AG gerade nicht.

### *c) Objektive Anlagegrundsätze*

Die hier einzunehmende Haltung ist eine vorsichtige, auf Substanzerhaltung gerichtete. Unbestrittenermassen gilt das Hauptaugenmerk der Sicherheit. In zweiter Linie muss aber wegen der Substanzerhaltung auch auf die Rendite geachtet werden, d.h. auf Regelmässigkeit und Höhe der Erträge zu einem Zinsfuss, der nicht unter dem von sicheren Geldinstituten bewilligten liegen sollte<sup>112</sup>. Und schliesslich ist die Liquidität von Bedeutung, welcher am besten gedient wird mit börsenkotierten Wertpapieren<sup>113</sup>.

Die Sicherheit bedrohen verschiedene nachstehend besprochene Risiken, welche erst einmal für sich minimiert werden müssen. Unter dem Gesichtspunkt der Finanzkraft des Schuldners sind nur erstklassige Obligationen zu erwerben und Beteiligungspapieren vorzuziehen. Was die Beurteilung der Finanzkraft des Schuldners angeht, so fällt dies bei kotierten schweizerischen Obligationen leichter als bei Aktien oder ausländischen Werten.

Eine Veränderung des Zinsniveaus bedroht nicht Aktien, dagegen typischerweise festverzinsliche Werte mit Ausnahme von Sparhefteinlagen und Obligationen mit variablem Zinsfuss. Die Inflation schliesslich gefährdet wiederum nicht Realwerte, wohl aber festverzinsliche. Diese Aussagen gelten wegen der Schwankung der Aktienkurse allerdings nur bei längerfristiger Anlage. Eine Kombinationsmöglich-

107 Senn 11, 13 f.; Frei 442; Disler 9, 19, 21, 23 und ders., Mündelsicherheit 520 f.; Zellweger 45, 47 Anm. 3.

108 Egger 401 N 8.

109 Vgl. Egger 401 N 6 und vorne a) vor Anm. 100.

110 Senn 90 f., 93 f.

111 401 N 6.

112 Curti 401 N 8; Jenny 129, 134; vgl. BGE 52 II 321 f.; Good 25; Hefti 149.

113 Disler 3, 32 ff.; ders., Mündelsicherheit 520; Zellweger 45; Senn 51, 81 f.; Kaufmann 401 N 9.

keit der Vorteile von Aktien und Obligationen bieten immer noch die Wandelobligationen<sup>114</sup>.

Die bei verschiedenen Anlagen einander entgegenlaufenden Risiken zeigen, dass bes. bei grösseren Vermögen ein Risikenausgleich vorzunehmen ist durch Anlage auf verschiedene Objekte, d.h. aber auch durch branchenmässige und geographische Diversifikation<sup>115</sup>. Innerhalb einer Titelgruppe soll der risikofreieste Titel gewählt werden; bei gleich grossem Risiko sind verschiedene Titel zu erwerben, doch darf dies nicht zu weit getrieben werden. Es empfiehlt sich namentlich eine Kombination von Obligationen und Aktien. Eine Risikoverteilung in sich liefern für kleinere Anlagen die Trustzertifikate.

Was die auch anzustrebende Rendite betrifft, so verhält sie sich i. allg. reziprok zur Sicherheit<sup>116</sup>. Für Obligationen ist deshalb zu beachten, dass nur ein relativ hoher Zins den Realwert erhält, während Aktien vielleicht weniger rentieren, wohl aber auf längere Sicht die Kaufkraft bewahren.

Für die Liquidität bleibt schliesslich festzuhalten, dass sie wiederum im umgekehrten Verhältnis zur Rendite steht, während mit der Sicherheit kein feststellbarer Zusammenhang existiert<sup>117</sup>.

#### *d) Subjektive Anlagegrundsätze*

Neben den objektiven Anlagegrundsätzen müssen die Besonderheiten des jeweils vorliegenden Einzelfalles berücksichtigt werden, was ein Abweichen von den ersteren erfordern kann<sup>118</sup>. So rechtfertigt sich gerade bei der AG u.U. Anlage (fast) des ganzen Vermögens im eigenen Unternehmen, da es dort am besten fruktifiziert werden kann<sup>119</sup>.

Ein wichtiger Aspekt ist die Höhe der anzulegenden Geldsumme. Weil zur Risikoverteilung mehrere Titel gekauft werden müssen, kommen Aktien erst bei relativ umfangreichen Beträgen in Frage. Einen Ausweg für Realwerte bieten allerdings Trustzertifikate<sup>120</sup>.

Die zukünftigen Geldbedürfnisse entscheiden sodann über die Anlagefrist<sup>121</sup>, so dass weder von grundsätzlicher Langfristigkeit bzw. Kurzfristigkeit ausgegangen

114 Senn 55 ff.; vgl. von Waldkirch, Mündelsicherheit 552; Egger 401 N 8.

115 Zellweger 45; Senn 56 f.; Disler 33; von Waldkirch, Mündelsicherheit 552 f.; Kaufmann 401 N 9; Egger 401 N 17; Jenny 134.

116 Nach Frei 441 widersprechen sich die beiden Postulate bis zu einem gewissen Grade, denn Zinserzielung setzt Arbeiten mit Geld und die damit zusammenhängenden Risiken voraus.

117 Senn 59 ff.

118 Senn 49, 64; Egger 401 N 16.

119 Disler 33.

120 Senn 65.

121 Jenny 131.

werden darf<sup>122</sup>. Für kurzfristige Anlagen bis zu 3 Jahren sprechen Liquidität und Flexibilität i. allg. und die Möglichkeit, insbes. steigende Zinssätze ausnützen zu können<sup>123</sup>. Wegen der kurzfristigen Kursschwankung von Realwerten kommen hier nur Nominalwerte in Betracht wie Kontokorrent für extrem kurze, übrige Bankanlagen für etwas längere Perioden und kotierte Obligationen mit kurzer Restlaufzeit (mindestens ein Jahr). Der Realwert wird hier nur erhalten, wenn die Verzinsung dem Inflationssatz entspricht.

Bei mittelfristigen Anlagen bis zu 8 Jahren wird die Inflation spürbarer und es ist je nach Anlagedauer eine bestimmte Mischung guter Nominal- und Realwerte vorzunehmen.

Bei langfristigen Anlagen, für welche m.E. Konstanz und Vermeiden von Kursschwankungen spricht, steht die Erhaltung des Realwertes im Vordergrund, weshalb sich vornehmlich Aktien, Trustzertifikate und Wandelobligationen anbieten. Zur Risikoverteilung und als Manövriermasse müssen allerdings auch Nominalwerte gehalten werden. Bei hohen Kursen ist natürlich mit langfristigen Anlagen zuzuwarten<sup>124</sup>.

Allg. soll die Fälligkeit von Titeln gestaffelt werden, um nicht mit voller Wucht in ein mögliches Zinstief zu fallen und für Bedarfsfälle stets freie Mittel bei der Hand zu haben<sup>125</sup>.

Der laufende Geldbedarf entscheidet, wieviel Vermögen ertragsorientiert anzulegen ist, wobei solide Obligationen, Aktien und auch erstklassige ausländische Werte in Frage kommen.

Weitere wichtige Aspekte des Einzelfalles sind endlich Höhe, Zusammensetzung und Anlage des übrigen Vermögens, Steuerfragen usw.<sup>126</sup>.

#### *e) Anlage in einer Kasse*

Das Gesetz stellt Anlage in einer Kasse oder in Werttiteln grundsätzlich gleich. Die Wahl richtet sich nach den Umständen<sup>127</sup>. In Werttiteln sind regelmässig Gelder anzulegen, die voraussichtlich jahrelang nicht benötigt werden<sup>128</sup>, denn Bankguthaben tragen zwar nicht die Gefahr des Kursverlustes, haben aber dafür keine hohe Rendite und/oder Liquidität und keine festen Zinsen und wären nur befriedigend,

122 So Senn 64 bzw. Disler 21 und Zellweger 45.

123 Disler 21; Zwingli 45; Zellweger 45; Knapp 165 f.; aber gerade nicht das Umgehen von Kursschwankungen, wie diese Autoren sagen.

124 Senn 64 ff.

125 Egger 401 N 16; Knapp 166.

126 Senn 68.

127 Jenny 123.

128 Kaufmann 401 N 7; und nicht bloss in einer Bankanlage mit höherer Rendite, wie er in N 12 ausführt.

wenn sie mehr als die Teuerung lediglich ausgleichen<sup>129</sup>. Kassenanlagen kommen daher v.a. in Frage für kleinere Beträge und für Gelder, die zur Deckung laufender Ausgaben verfügbar bleiben müssen<sup>130</sup>. Im letzteren Falle ist namentlich an ein Kontokorrent mit zwar bescheidenem Zins, aber maximaler Liquidität zu denken, im ersteren an ein Sparheft mit einerseits relativ niedrigem Zins und limitierter Liquidität, dafür andererseits bes. Sicherheit durch Bankengesetz, öffentliche Rechnung, Konkursprivileg nach SchKG 219 bis Fr. 5'000.— oder Staatsgarantie<sup>131</sup>. Daneben kommen etwa noch in Betracht ein Festgeldkonto für vorübergehende feste Anlage grosser Beträge, sodann Depositen-, Anlage- und Einlagehefte bzw. -konti und Privatkonto für kürzere Anlage grösserer Beträge oder mittelfristige mit relativ guter Rendite. Bei letzteren Anlageformen muss indes wegen Fehlens spezieller Sicherheitsbestimmungen die Bonität der Bank genau untersucht werden, was bei den meisten alteingesessenen Schweizer Banken keine Probleme stellen dürfte<sup>132</sup>.

Die Form der Bankanlage bestimmt der Beistand nach den Anlagegrundsätzen<sup>133</sup>, die zulässigen Kassen kantonale Vorschrift bzw. bei deren Fehlen die Vormundschaftsbehörde<sup>134</sup>. Der bei einer nicht autorisierten Bank anlegende Beistand handelt auf eigene Verantwortung<sup>135</sup>.

#### *f) Anlage in Obligationen*

Die Hauptschwierigkeit besteht hier in der Erhaltung des Realwertes. Es wird nachfolgend auf verschiedene Obligationentypen hingewiesen.

Kassaobligationen haben eine relativ gute Rendite bei relativ schlechter Liquidität. Sie eignen sich für mittelfristige Anlagen, weshalb bei steigenden Zinsen längerfristige Anlagen vorzuziehen sind. Die nötige Sicherheit darf bei Banken mit kantonomer oder kommunaler Garantie vorausgesetzt werden und wohl auch bei den grossen Banken – im Gegensatz zu den risikoreichen Kleinbanken<sup>136</sup>.

Anleiheobligationen bilden das traditionelle Medium für langfristige Anlage, kommen bei Titeln mit kurzer Restlaufzeit aber auch kurzfristig in Betracht. Den Kurs bestimmen Bonität des Schuldners, Zinsfuss, allg. Zinsniveau und Laufzeit. Die Anlagepolitik muss der Kurs- und Zinsentwicklung angepasst werden. Beliebt sind Obligationen der öffentlichen Hand bis hinab zu grösseren Gemeinden, aber

129 Senn 69.

130 Kaufmann 401 N 2; Disler 34 f.

131 Vgl. Zellweger 47; Hefti 167; Egger 401 N 12; Jenny 125.

132 Frei 443; Senn 69 ff.; Disler 35.

133 Hefti 166.

134 Disler 36; Kaufmann 401 N 3 ff.

135 Zellweger 47.

136 Senn 71 f.; Disler 42 ff.; Jenny 129 f.; Zellweger 47.

auch von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen und schliesslich von erstklassigen grossen privaten Aktiengesellschaften, die im Verhältnis zum Fremd- genügend Eigenkapital besitzen. Die Rendite steigt dabei in dieser Reihenfolge<sup>137</sup>. Eine zusätzliche Garantie gegenüber den Kassaobligationen kann hier in der Börsenkotierung liegen mit ihrem Prospektzwang (OR 1156) und der Kontrolle durch Börsenkommission und Öffentlichkeit<sup>138</sup>.

In gewissem Umfang kommen auch Wandelobligationen erster industrieller Unternehmungen oder Holdinggesellschaften in Frage mit ihrer Kombination der Vorteile von Obligation und Aktie, wobei die Nachteile letzterer bis zu einem gewissen Grad eliminiert sind. Allerdings müssen die Wandelkonditionen genau besehen werden<sup>139</sup>.

Prämienobligationen fallen infolge ihres spekulativen Charakters und fehlenden bzw. geringen Zinses ausser Wahl<sup>140</sup>.

#### *g) Titel mit Pfandsicherheit*

Als sicher gelten einmal Pfandbriefe, dann aber auch konsolidierte Grundpfandtitel (ZGB 793 ff.) auf marktgängigen Objekten mit Belehnung im üblichen Rahmen (Hypothek im 1. Rang bis 2/3 der Grundsteuerschätzung, ZGB 834, 848, 875 f.). Bei letzteren kommen Einfamilienhäuser und Bauland weniger und ausschliesslich industrielle und gewerbliche Liegenschaften überhaupt nicht in Betracht. Es muss auf den Standort der Pfandobjekte geachtet werden, und für Schätzungen sollen die Prinzipien erfahrener Hypothekarinstitute den Weg weisen<sup>141</sup>.

Vorteile der Grundpfandtitel sind gegenüber Grundbesitz einfachere Verwaltung und höhere Liquidität und gegenüber erstklassigen Obligationen ein oft höherer Zinsfuss. Im Vergleich zu marktgängigen Wertpapieren haben sie aber zugleich auch den Nachteil komplizierterer Verwaltung und erschwerter Realisierbarkeit<sup>142</sup>.

#### *h) Anlagen in Grundstücken*

Abgesehen von der indirekten Grundstückinvestition auch kleinerer Beträge durch den Erwerb von guten Immobilienfonds-Zertifikaten ist trotz des Wortlauts von

137 Senn 72 ff.; Disler 39 ff., 44 f.; Zellweger 47; Kaufmann 401 N 8.

138 Egger 401 N 10; Frei 443; Jenny 126, 129, 134.

139 Senn 74 f.; Frei 443.

140 Disler 44.

141 Frei 443 f.; Egger 401 N 11; Jenny 124; Zellweger 47; Hefti 167.

142 Disler 36 f.; Senn 72, 76.

ZGB 401 I auch direkte Anlage in Liegenschaften zuzulassen<sup>143</sup>, wegen der Immobilisierung des Vermögens aber nur als Risikostreuung bei erheblichem Vermögen oder wenn es im Zusammenhang mit dem Geschäft des Verbeiständeten geschieht<sup>144</sup>. Der Vorteil von Grundstücken liegt in ihrer Inflationsunabhängigkeit, ihr Nachteil im erheblichen Verwaltungsaufwand.

Einer Anlage vorauszugehen hat stets eine überaus sorgfältige Schätzung durch einen Experten, die auf einen vorsichtig errechneten Verkehrswert abstellt. Als Objekte bieten sich in erster Linie Wohnhäuser mit angemessenem Mietzins in wirtschaftlich gesunder Gegend an<sup>145</sup>.

### *i) Anlage in Aktien*

Nach älterer Auffassung dürfen keine Anlagen in Aktien und Genussscheinen getätigt werden, weil sie nicht zinstragend i.S. von ZGB 401 und zudem nicht sicher seien<sup>146</sup>.

Nach der neueren Lit. umfasst der Begriff Zins aber auch andere regelmässige Erträge wie von Aktien und Fonds-Anteilscheinen<sup>147</sup>, so dass nur Anlage in Gold und Wertgegenständen von vornherein auszuschliessen ist<sup>148</sup>. — Gegen die Sicherheit von Aktien wird etwa ins Feld geführt, sie seien nicht künd- und nicht rückzahlbar, unterlägen allg. Kurs-, Wirtschafts- und insbes. Unternehmensschwankungen und würden leicht überbezahlt<sup>149</sup>. Dagegen muss eingewendet werden, dass börsenkotierte Aktien durchaus liquid sind, wenn man von hier einzig diskutabler langfristiger Anlage ausgeht. Langfristig erhält zudem die Aktie den Realwert und erweist sich, was durch zahlreiche Untersuchungen belegt ist, auch bezüglich Rendite der Obligation überlegen<sup>150</sup>. Der Erwerb von Aktien kommt allerdings allein unter dem Gesichtspunkt der Risikoverteilung für einen Teil grösserer Vermögen in Frage<sup>151</sup>, wobei nur Fachleute handeln dürfen oder solche beizuziehen sind. Diese haben dann zunächst das in Aussicht genommene Unternehmen, dessen

143 A.M. generell Disler 37 wegen spekulativen Charakters.

144 BGE 61 II 209 f.; Egger 401 N 22.

145 Jenny 127, 135 f.; Frei 444 f.; Senn 5 f.; Egger 401 N 21.

146 Disler 22, 46; Good 60 f.; Kaufmann 401 N 8; ähnlich Curti 401 N 7; Hefti 167 f.

147 Egger 401 N 13; Frei 444.

148 Senn 4 f.; a.M. Egger 401 N 20a.

149 Egger 401 N 13; Jenny 131 f.

150 Senn 77 f. mit Zit.; Frei 443 f.; a.M. Jenny 131 f., nach welchem die Obligation in allen Punkten der Aktie nicht unterlegen sein muss und der vergebliche Versuch, die Inflation zu unterlaufen, nach BGE 52 II 321 leicht an verpönte Spekulation grenzt.

151 Frei 444; Jenny 132 ff., 136 f.

Konkurrenz usw. und die Lage am Kapitalmarkt auf das sorgfältigste zu analysieren<sup>152</sup>.

### *k) Anlage in Fonds*

Anteilscheine wohlfundierter, von einer Kantonal- oder Grossbank oder sonst volle Gewähr bietenden Bank oder Treuhandgesellschaft (vgl. Anlagefonds-Gesetz Art. 3) geleiteter Anlagefonds sind sicher und können eine überdurchschnittliche Rendite abwerfen. Sie bieten sich namentlich dem Kleinanleger an. Börsenkotierten Zertifikaten ist der Vorzug zu geben, wobei das jeweilige Anlageprogramm genau studiert werden muss.

In Frage kommen einmal Immobilienfonds mit geographisch und objektmässig weiter Streuung und fachmännisch vorsichtig ausgewählten, nicht voll belasteten Liegenschaften. Immobilienfonds liegen im Wertzuwachs allerdings hinter Wertpapier-Fonds zurück. Obligationenfonds sodann ermöglichen eine Anlage mit guter Risikoverteilung. Bei Aktien-Anlagefonds empfiehlt sich Vorsicht, wenn die Aktien bei sehr hohen Kursen erworben worden sind, und es sollte sich nicht um einen Branchen-Trust handeln<sup>153</sup>.

### *l) Ausländische Anlagen*

I. allg. scheiden diese wegen spezifischer Risiken aus, als da sind Währungs-, Transfer- und politisches Risiko<sup>154</sup>. Eine Anlage bis zu maximal einem Drittel der Werte ist aber zuzulassen, wenn die Risiken durch eigens angestrebte Vorteile wie Rendite und Risikoverteilung überkompensiert werden<sup>155</sup> oder wenn bes. Umstände wie enge wirtschaftliche Beziehungen zum Ausland dies rechtfertigen<sup>156</sup>.

152 Senn 45, 78; Egger 401 N 13 hat zwar nichts gegen den Erwerb von Aktien gemischt-wirtschaftlicher a.o. gut gebetteter Unternehmen, hält aber in N 14 die genaue Prüfung in Frage kommender privater Unternehmungen für den vormundschaftlichen Organen unzumutbar.

153 Senn 79 f.; Frei 444; Jenny 134, 137.

154 Frei 442; Jenny 134, 137.

155 Senn 80 f., 84: Oft sind auch schon die Anlagefonds international diversifiziert.

156 Egger 401 N 15; BGE 78 II 343 ff.; vgl. Kaufmann 401 N 8.

m) *Verhältnis von Beistand und vormundschaftlicher Behörde bei Anlagen*

Der Beistand hat Anlagen von sich aus, ohne Aufforderung der Vormundschaftsbehörde, vorzunehmen<sup>157</sup>. Nun herrscht indessen etwelche Verwirrung über das Genehmigungserfordernis nach ZGB 401 I im Verhältnis zum Mitwirkungsobligatorium nach ZGB 421 f. bzw. für unsere Zwecke nach ZGB 419 II<sup>158</sup>.

Einer Genehmigung nach ZGB 401 bedarf es einmal nur, wenn eine Anlageform nicht durch kantonale Verordnung oder Bezeichnung durch die Vormundschaftsbehörde gedeckt ist, doch beeinträchtigt das Fehlen der Genehmigung die rechtliche Wirksamkeit einer Anlage an sich nicht, da es sich bloss um eine Ordnungsvorschrift handelt. Die Vormundschaftsbehörde kann darauf eine erfolgte Kapitalanlage nicht einfach widerrufen, sondern bloss mit aufsichtsrechtlichen Mitteln gegen den Beistand vorgehen.

Insoweit allerdings Anlagen die Tatbestände von ZGB 421 Ziff. 1 f., 4 und 422 Ziff. 3 erfüllen bzw. unter ZGB 419 II fallen, benötigen sie für ihre Gültigkeit die Zustimmung der vormundschaftlichen Behörde<sup>159</sup>. Es verhält sich also nicht so, dass ZGB 401 die Mitwirkung der vormundschaftlichen Behörde nach ZGB 419 II überhaupt<sup>160</sup> oder im Umfang der schon als sicher bezeichneten Werte und Kassen überflüssig macht<sup>161</sup>, noch dass umgekehrt im diesen Umfang überschreitenden Masse ZGB 419 II automatisch eingreift<sup>162</sup>. Demnach erfüllt der Ankauf von Wertpapieren nicht regelmässig den Tatbestand von ZGB 421 Ziff. 2 und ist eine Ausnahme nur zu machen bei Konversion gekündeter Schuldverschreibungen in andere des gleichen Schuldners<sup>163</sup>, sondern es kommt auf den Charakter der Anlage als gewöhnliche oder a.o. Verwaltungshandlung an<sup>164</sup>.

n) *Anlagepflicht und Ausnahme*

Eine wenn auch nur vorübergehende Anlegung in einer autorisierten Kasse erfordern Beträge, die in absehbarer Zeit, jedoch später als in einem Monat (ZGB 401 II), benötigt werden. Nur hier genügt im Interesse der Liquidität ein bescheidener

157 Curti 401 N 9; Hefti 160, 163; Zellweger 44; Egger 401 N 16a i.V.m. 398 N 11 f.

158 Vgl. etwa BGE 70 II 84 E 6; Egger 421 N 22; Knapp 81 und Kaufmann 401 N 9, die ZGB 401 f. und 421 vermengen; SJZ 25 84 Nr. 15 und Disler 65, die dasselbe mit ZGB 419 II tun.

159 Hefti 166 ff.; Disler 36, 50 ff., 58 ff.; BGE 52 II 320, 323; Kaufmann 401 N 16; vgl. § 39.

160 So Curti 401 N 9.

161 So Zellweger 44.

162 So Jenny 127; Disler 60; Egger 401 N 24, 421 N 24.

163 So Kaufmann 401 N 17, 421 N 15; Egger 401 N 24, 421 N 24; Disler 60; SJZ 25 84 Nr. 15.

164 Hefti 163.

Zins<sup>165</sup>. Ausgenommen von der Anlagepflicht sind demnach Gelder, die innert Monatsfrist gebraucht werden, einschliesslich einer Reserve für unvorhergesehene Ausgaben. Den Betrag setzt der Beistand fest unter Vorbehalt des Aufsichtsrechts der Vormundschaftsbehörde<sup>166</sup>. Es empfiehlt sich um der Sicherheit willen, solche Gelder auf ein Kontokorrent oder ein Postcheck-Konto zu legen<sup>167</sup>.

Die übrige Barschaft ist, auch wenn es sich um kleinere Portionen handelt, zumindest in ein Kontokorrent oder besser ein Sparheft zu deponieren, bis das Auflaufen einer grösseren Summe eine andere Anlage erlaubt<sup>168</sup>. Andernfalls treffen den Beistand die Folgen von ZGB 401 II. Die dort erwähnte Frist wird für jeden anlagepflichtigen Betrag separat berechnet<sup>169</sup>. Bezüglich des Zinses gehen die Meinungen auseinander. Die Erläuterungen zum Vorentwurf verwiesen auf OR 400 II; d.h. dass mindestens 5% Zins zu zahlen wären (OR 73, 104, 106)<sup>170</sup>. Die m.E. zutreffende h.M. berechnet dagegen den Zinsfuss, der bei Beobachtung des Gesetzes hätte erzielt werden können<sup>171</sup>. Es bleibt hier sogar Raum für die Berücksichtigung des Verschuldens des Beistands, was bis zu einer Elimination der Zinspflicht führen kann<sup>172</sup>. Hat der Beistand aber Geld nicht bloss zurückbehalten, sondern für sich selbst zur Erzielung eines höheren Zinses angelegt, als sichere Anlagen einbringen würden, so hat er m.E. weder nur den Zins einer gesetzesmässigen Anlage<sup>173</sup> noch gerade den von OR 73 zu bezahlen<sup>174</sup>, sondern analog OR 423 den tatsächlich herausgeschlagenen.

#### *o) Abgrenzung der Anlage von Transaktionen*

Dem Sinn des Gesetzes entspricht es, ZGB 401 unabhängig von der Länge einer Anlage anzuwenden<sup>175</sup>. Von Anlagen sind aber bloss Transaktionen zu unterscheiden, die sich in kurzer Zeit abwickeln, so wenn eine Bank mit dem Einzug des Gegenwertes fälliger und der Erwerbung bestimmter neuer Titel betraut wird und obgleich das Geld vorübergehend bei der Bank steht als deren Eigentum mit entsprechender Schuldpflicht. Die Bank muss alsdann nicht eine autorisierte Kasse sein, und auch das Gebot der Risikoverteilung gilt nicht. Der Beistand würde nur

165 Ungenau daher Curti 401 N 1.

166 Egger 401 N 18 ff.; Hefti 139.

167 Kaufmann 401 N 1, 11 f.

168 Vgl. Disler 93; unrichtig daher Hefti 164.

169 Disler 53 ff.; Hefti 164; Curti 401 N 11.

170 Hefti 164 f.; Oser/Schönenberger 400 N 10; Gautschi 400 N 46a.

171 Curti 401 N 12; Egger 401 N 20; Kaufmann 401 N 15.

172 Disler 57.

173 So Kaufmann 401 N 15.

174 So Disler 58.

175 Heinz Disler: Der Geltungsbereich des Art. 401 ZGB, in: SJZ 41 72 f., 72; offengelassen in BGE 70 II 83.

verantwortlich, wenn gegen die betreffende Bank Gründe zum Verdacht bestünden<sup>176</sup>. Selbst wenn man aber eine solche Transaktion als Anlage betrachtete, würde man bei der Relativität der Anlageregeln zu keinem anderen Resultat gelangen.

#### 4. Umwandlung von Kapitalanlagen (ZGB 402)

##### a) Anwendungsbereich

ZGB 402 ist an sich auch auf die Beistandschaft anzuwenden<sup>177</sup>, allerdings nicht schlechthin: Der vom Verbeiständeten bislang bekundete Anlagewille muss grundsätzlich beachtet werden. Eine Umwandlung drängt sich deshalb nicht einmal unbedingt auf bei rein spekulativen Anlagen<sup>178</sup>, wohl aber, wenn diese durch nicht vorausgesehene Umstände unsicher werden<sup>179</sup>.

Der Begriff Kapitalanlage in ZGB 402 ist im weitesten Sinne zu verstehen, doch bleiben ZGB 403 f. vorbehalten<sup>180</sup>. Umgekehrt kann aber der Gedanke von ZGB 404 I auch bei 402 angewendet werden, so dass bestehende Anlagen grundsätzlich beizubehalten sind<sup>181</sup>.

##### b) Sicherheit nach ZGB 401 und 402

Die Sicherheitsbegriffe in ZGB 401 und 402 decken sich nicht vollständig<sup>182</sup>. Wohl bestimmen bei einer Umwandlung zweifellos die Grundsätze von ZGB 401 I die Art der Neuanlage<sup>183</sup>, doch ist an bereits bestehende Anlagen ein weniger strenger Massstab anzulegen als an neue, weil hier Grösse und Gründe der bes. Zusammensetzung des Vermögens berücksichtigt werden müssen<sup>184</sup>.

So lassen denn allg. die Gegner von Aktienanlagen etwa i.S. von ZGB 404 I wenigstens die Beibehaltung von guten Aktien zu<sup>185</sup>, wobei Solidität, Geschäftsführung, Ertragssicherheit, Dividendenpolitik usw. des Unternehmens genauestens

176 BGE 70 II 82 f.; a.M. Disler l.c. 73 unter Verkenning des wirtschaftlichen Zwecks und Abstellen allein auf das formelle Kriterium, dass es sich um ein Kontokorrent handelte.

177 So BGE 59 II 103 für Beiratschaft.

178 A.M. Sauter 20.

179 Sauter 20.

180 Disler 62, 68; Curti 402 N 1.

181 So Zellweger 56; Kaufmann 402 N 4 f.

182 A.M. Jenny 128; Curti 402 N 2 i.V.m. 401 N 7.

183 Vgl. Curti 402 N 2, 4 i.V.m. 401 N 7.

184 Kaufmann 402 N 5 f.; Disler 46, 63; Egger 402 N 3; Senn 9; vgl. Frei 444.

185 Kaufmann 402 N 5; Good 61; Hefti 172.

zu untersuchen sind. Selbst Bezugsrechte (OR 652) dürfen danach u.U. ausgeübt werden. Auch hier wird aber ein grösseres Vermögen vorausgesetzt<sup>186</sup>.

Was das Verordnungsrecht angeht, so dürfen die Kantone nicht analog ZGB 401 zum Voraus bestimmen, was für Werte im Vermögen des Verbeiständeten belassen werden können, weil in jedem Einzelfalle untersucht werden muss, ob die Interessen des Verbeiständeten eine Umwandlung rechtfertigen<sup>187</sup>. Im übrigen ist auch hier der Begriff der genügenden Sicherheit ein bundesrechtlicher, so dass die oft engherzigen kantonalen Bestimmungen noch weniger als bei ZGB 401 das letzte Wort haben; das gilt bes. auch dann, wenn bei Übertragung die Beistandschaft in ein restriktiveres Umfeld gerät<sup>188</sup>.

#### *c) Prüfungspflicht und Umwandlungszeit*

Die vormundschaftlichen Organe müssen alle angelegten Werte sehr sorgfältig auf ihre Sicherheit i.S. von Risiko und Rendite überprüfen. Sie genügen ihrer Verantwortlichkeit, wenn sie alsdann ihr Tun oder Lassen im konkreten Fall mit stichhaltigen Gründen zu rechtfertigen vermögen, auch wenn damit Verluste verbunden sind<sup>189</sup>.

ZGB 402 II bedeutet, dass die Umwandlung möglichst keine ökonomische Einbusse verursachen soll. So warte man zu, wenn anzunehmen ist, dass die Einbusse damit kleiner oder überhaupt wegfallen wird, z.B. in Erwartung einer Kurssteigerung. Bei unsicheren Titeln allerdings legt sich ein Verkauf um jeden Preis nahe<sup>190</sup>.

#### *d) Verhältnis von Beistand und vormundschaftlicher Behörde*

Die Umwandlung ist Sache des Beistands. Doch soll er sich wenn nötig beraten lassen und mit der Vormundschaftsbehörde besprechen. Letztere hat analog ZGB 401 und kraft allg. Regel ein Weisungsrecht, ja eine -pflicht<sup>191</sup>. Gegen einen renitenten Beistand stehen ihr wiederum nur die aufsichtsrechtlichen Mittel zur Verfügung.

186 Jenny 128, 132 f.; Disler 46 ff.; Egger 401 N 13, 402 N 3.

187 BGE 48 II 431 E 2; Egger 402 N 5.

188 Kaufmann 402 N 5, 12; Disler 46, 63, 65 f., 68; Zellweger 49.

189 Disler 63 f., 68; Egger 402 N 2, 426 N 28.

190 BGE 48 II 431 E 2, 433; Egger 402 N 4; Kaufmann 402 N 8, der aber unverständlicherweise bei Aussicht auf erheblichen Kursgewinn einen Verkauf zulässt (so auch Junod 46, der sogar den Beistand selbst die Aktien unbescholten erwerben lässt); Curti 402 N 7; Hefti 172 f.

191 Kaufmann 402 N 6, 9; Egger 402 N 5; BGE 48 II 432 f., 52 II 320 f.; Zellweger 49.

Ob die Zustimmung der vormundschaftlichen Behörde für die Rechtsgültigkeit einer Umwandlung notwendig ist, richtet sich wie bei ZGB 401 nach 421 f. bzw. 419 II<sup>192</sup> so dass wiederum nicht generell gesagt werden kann, es bedürfe immer der Genehmigung nach ZGB 421 Ziff. 1 f., 4 oder 422 Ziff. 3<sup>193</sup> bzw. nie<sup>194</sup>.

## 5. Behandlung von Grundstücken (ZGB 404)

### a) Anwendungsbereich (Abs. I)

ZGB 404 gilt auch für die Verwaltungsbeistandschaft<sup>195</sup>. Es werden die typischen Veräusserungsgeschäfte wie freihändiger Verkauf, freiwillige Versteigerung (Abs. II/III), Tausch<sup>196</sup> und Einräumung eines Kaufrechts erfasst, dagegen nicht aufgezwungene Veräusserungen wie Enteignung und Zwangsversteigerung<sup>197</sup>. Da es auf die Intention des Gesetzes ankommt und nicht eine formelle Betrachtungsweise entscheidet, findet der Artikel auch analoge Anwendung auf Aktien einer Immobiliengesellschaft, wenn der Verbeiständete Mehrheitsaktionär ist und durch den Verkauf diese Eigenschaft verläre<sup>198</sup>.

Und schliesslich muss ZGB 404 auch befolgt werden bei Teilung und Veräusserung von Grundstücken, die nicht im Alleineigentum des Verbeiständeten stehen. Das trifft aber ohne Einschränkung nur für die Abs. II und III zu, denn wenn andere als der Verbeiständete Aufhebung des Gesamteigentums verlangen, brauchen sie sich nicht die Interessen des Verbeiständeten (Abs. I) entgegenhalten zu lassen<sup>199</sup>.

Die Interessen des Verbeiständeten – nur solche kommen in Betracht, und nicht etwa Interessen eines Kauflustigen oder der Öffentlichkeit<sup>200</sup> – erfordern etwa dann eine Veräusserung, wenn nötige Geldmittel auf andere Weise nicht beizubringen sind oder der Wert der Liegenschaft voraussichtlich dauernd sinken wird,

192 Hefti 163, 171 ff.; Disler 64 ff.; vgl. vorne 3. m).

193 So Kaufmann 402 N 7; BGE 52 II 320, 323; Egger 402 N 5, a.M. Good 55.

194 So Curti 402 N 9; Zellweger 49.

195 Sauter 20; Spitzer, Verkauf 114 f.; ZBGR 31 331 Nr. 99; ZVW 29 115 E 5, 30 116, 33 34 Nr. 3; Benno Schneider: Die Mitwirkung der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde bei der Veräusserung von Grundstücken, an denen Bevormundete, Verbeiständete oder Verbeiratete eigentumsässig beteiligt sind, in: ZVW 30 81 ff., 87 ff. und 82; Nach einer Umfrage sind 17 Kantone gl.M., 3 a.M.; zweifelnd ZVW 9 155 E 3 = ZBl 54 292 E 3; a.M. ZBGR 15 198 Nr. 3b, wonach ZGB 404 III durch 419 II ausgeschaltet sei.

196 ZVW 2 70 Nr. 38, 3 148 f.: Hier gilt ZGB 404 III nicht.

197 Schneider l.c. 85; ZVW 30 116; ZBGR 31 238.

198 ZVW 32 160 Nr. 19, 9 34 Nr. 3; SJZ 60 145 Nr. 85 macht zu Unrecht nicht die Mehrheitsspezifikation.

199 Kaufmann 404 N 4; SJZ 30 279 Nr. 209; Egger 404 N 3; Schneider l.c. 83; BGE 63 I 108, 74 II 78, 80 II 377; MBVR 60 25 E 1; ZVW 11 78 E 2; vgl. Blumenstein, Versteigerung 466; Spitzer, Verkauf 111 findet das Ganze aus praktischen Gründen fragwürdig.

200 ZVW 29 115 f.; a.M. ZVW 27 117 E 1 bezüglich des letzteren Punktes.

oder ihr Ertrag zur Verzinsung der Schulden nicht hinreicht und eine erhebliche Wertsteigerung als ausgeschlossen erscheint, oder der bauliche Zustand schlecht und der Verbeiständete überschuldet ist, oder ein gleich- oder höherwertiges Grundstück erworben werden soll<sup>201</sup>.

### *b) Die Rolle der Vormundschaftsbehörde*

Der Beistand wird regelmässig einen Antrag auf Veräusserung stellen, oder die Vormundschaftsbehörde leitet das Verfahren ein, indem sie auch ausnahmsweise direkt einem Steigerungsbeamten Auftrag erteilt. Sie prüft die mat. Voraussetzungen und entscheidet, ob eine öffentliche Versteigerung vorzunehmen ist. Bejahendenfalls legt sie Mindestverkaufspreis und Steigerungsbedingungen (v.a. Zahlung des Kaufpreises und Gewährleistung, OR 233 f.) fest oder überlässt dies dem Beistand<sup>202</sup>.

Der Zuschlag an der Steigerung bindet den Bietenden (OR 229 II, 231 I)<sup>203</sup>, nicht aber den Verbeiständeten, da die Genehmigung nach ZGB 404 II Gültigkeitserfordernis ist (OR 232 II). Die Interessen des Verbeiständeten entscheiden über die Genehmigung. Sie hat zu unterbleiben, wenn das Angebot niedrig ausfällt und sich für später ein günstigeres Resultat voraussehen lässt oder zu befürchten steht, es könnte wegen Ungültigkeit des Rechtsgeschäftes oder Insolvenz des Käufers oder aus anderen Gründen ein Schaden eintreten<sup>204</sup>. Einwände nach OR 230 gehören vor den Richter, nicht ins vormundschaftliche Beschwerdeverfahren<sup>205</sup>.

Enthalten die Gantbedingungen keine Frist, innert welcher die Vormundschaftsbehörde die Genehmigung auszusprechen hat, gilt für die Gebundenheit des Bieters ZGB 424<sup>206</sup>, d.h. 410 II.

### *c) Die Rolle der Aufsichtsbehörde (Abs. III)*

Die Genehmigung der Aufsichtsbehörde erstreckt sich nur auf das Veräusserungsverfahren und nicht auf den Inhalt des Kaufvertrages selber<sup>207</sup>. Dieser ist aber insofern zu prüfen, als es die Entscheidung über die Angemessenheit des freihändi-

201 Kaufmann 404 N 5; SJZ 20 11 Nr. 2; Zellweger 58; Gautschi, Haftung 469 f.; ZVW 30 116 f., 27 117 E 1; Egger 404 N 5; Curti 404 N 4; MBVR 12 481 Nr. 198.

202 Kaufmann 404 N 6, 8; Blumenstein, Versteigerung 466 f.; Egger 404 N 4.

203 Vgl. BGE 40 II 383 E 3.

204 Blumenstein, Versteigerung 467, 470; Kaufmann 404 N 9; Egger 404 N 7; BGE 74 II 79 E 3; ZVW 19 155 Nr. 31, 30 117.

205 ZVW 13 100 f.

206 Curti 404 N 7.

207 ZVW 13 116 E 2b: Die Aufsichtsbehörde hat aber kraft Aufsichtsrechts einzuschreiten, wenn der Grundsatz der Erhaltung von Grundstücken in krasser Weise verletzt wird.

gen Verkaufs erfordert. Deshalb lässt sich die Aufsichtsbehörde am zweckmässigsten den mit Zustimmung der Vormundschaftsbehörde abgeschlossenen Kaufvertrag vorlegen<sup>208</sup>.

Die Aufsichtsbehörde darf dem freihändigen Verkauf nur zustimmen und muss es dann aber auch, wenn eine öffentliche Versteigerung keinen höheren Preis verspricht<sup>209</sup>. Ob die Genehmigung vorliege, hat der Grundbuchverwalter zu überprüfen gleich wie sonst die Zustimmung nach ZGB 421 Ziff. 1<sup>210</sup>.

Dass die Ausnahme von ZGB 404 III als solche aufrechterhalten werden soll<sup>211</sup>, wird von der Praxis zu Recht anders gesehen<sup>212</sup>. Die gesetzliche Präsumtion, dass öffentliche Versteigerung vorteilhafter sei, erscheint fragwürdig, denn diese verliert immer mehr an Zugkraft, es haften ihr Zufälligkeiten an, und bei unbefriedigender Gant hält es schwer, nachher mehr zu erzielen. Die Versteigerung mag am Platz sein bei Objekten, deren Schätzung grosse Schwierigkeiten bereitet. Sonst aber kann der Zweck von ZGB 404 III – freie Preisbildung und Erzielung eines dem Verkehrswert entsprechenden Erlöses – auch durch Kaufofferten und Experten erreicht werden. Der Freihandverkauf hat auch sonst im Gesetz eine grössere Bedeutung (vgl. ZGB 596, 612, 651; OR 585, 743; SchKG 238, 256) und sollte durch die Praxis neben der Gant analog ZGB 400 I wahlweise und gleichberechtigt zugelassen werden<sup>213</sup>.

### III. Entscheid über Schicksal des Geschäftes (ZGB 403)

#### 1. Begriff des Geschäftes und Bedeutung der Vorschrift

Im Vermögen der AG mag sich nicht nur ein Geschäft, Gewerbe oder dergleichen i.S. von ZGB 403 finden; sie ist solches vielmehr auch selbst<sup>214</sup>. Schroff<sup>215</sup> wertet Beteiligungen an fremden Unternehmungen als Kapitalanlage, währenddem nach Egger<sup>216</sup> und Kaufmann<sup>217</sup> anscheinend jedes irgendwie gestaltete Engagement in einer Gesellschaft des OR ein Geschäft bedeutet; m.E. verlangt die ratio legis

208 Spitzer, Verkauf 109; SJZ 9 260 Nr. 63, 15 154 Nr. 35; ZVW 2 25 Nr. 9, 3 148 E 1; MBVR 11 309 f. und 427, 63 22 E 3.

209 ZVW 30 117, 21 78 f., 19 154 E 3, 7 35 Nr. 14; BJM 1955 S. 131; Kaufmann 404 N 10 f.; SJZ 60 145 Nr. 85; Curti 404 N 10; vgl. BGE 74 II 79 E 3; MBVR 31 449 Nr. 153 E 3; für ZVW 27 118 gibt es auch noch andere Gründe, aus welchen von einer öffentlichen Versteigerung abgesehen werden soll.

210 SJZ 9 260 Nr. 63; Kaufmann 404 N 14; Egger 404 N 8; ZBGR 37 35 Nr. 7: aber mehr hat er nicht zu prüfen.

211 So BGE 74 II 78 f.; ZVW 30 117.

212 Spitzer, Verkauf 109 f., 114; ZVW 24 77 Nr. 22 ist für marktgerechte Überlegungen.

213 Spitzer, Verkauf 112 ff., 116; Zellweger 59.

214 Vgl. Hefti 110.

215 94; vgl. Kaufmann 403 N 12.

216 403 N 10 f.

217 403 N 12.

indessen nicht mehr und nicht weniger, als Mehrheits- oder Beteiligungen mit Beherrschungscharakter als Geschäfte zu behandeln<sup>218</sup>. Stellt sich für solche Verhältnisse durch die Verbeiständung der AG ein gesetzlicher oder statutarischer Auflösungsgrund ein, so kann der Gang der Dinge durch einen Weiterführungsentscheid nach ZGB 403 selbstredend nicht verhindert werden. Dagegen tritt diese Vorschrift in ihr Recht, wenn eine Fortsetzung des Verhältnisses trotz Auflösungsgrundes vereinbart werden soll<sup>219</sup>, und es ist richtigerweise auch ZGB 422 Ziff. 3 zu beachten, da es sich quasi um einen Gesellschaftseintritt handelt<sup>220</sup>.

I.d.S. findet ZGB 403 auf die AG Anwendung. Dabei steht die Erhaltung noch mehr im Vordergrund als bei ZGB 404 und werden entsprechend ZGB 401 f. weiter zurückgedrängt. Eine Gesamtliquidation darf nur angeordnet werden, wenn es erstens dauernd unmöglich ist, die AG wieder selbständig zu machen, und zweitens das Geschäft offenbar fortwährend unrentabel bleiben müsste, wobei Sanierungen und Umorganisierungen als unmöglich oder zwecklos erscheinen. Für eine allenfalls genügende Teilliquidation gilt das erste Erfordernis dagegen nicht<sup>221</sup>.

## 2. Entscheidungsstadium und Liquidation

Die Vormundschaftsbehörde hat von Amtes wegen über Weiterführung oder Auflösung des Geschäftes zu beschliessen. Dies setzt eine genaue Prüfung unter Mit Hilfe des Beistands voraus. Bis zum Entscheid sorgt der Beistand auf alle Fälle für die nötige Geschäftsführung<sup>222</sup>. Spricht sich dann die Vormundschaftsbehörde für Liquidation aus, so bedarf es hiezu noch der Zustimmung der Aufsichtsbehörde nach ZGB 422 Ziff. 3<sup>223</sup>, denn erstens ist nicht einzusehen, wieso diese Bestimmung jeweils bei Amtsübernahme ausgeschaltet sein soll, und zweitens gibt ZGB 403 der Vormundschaftsbehörde nicht eine Liquidations-Kompetenz, sondern nur ein Weisungsrecht für die Gestaltung von Liquidation oder Weiterführung.

Regelmässig wird der Beistand mit der Liquidation betraut (vgl. OR 740 I). Meist empfiehlt es sich, wegen des Organisationswertes des Geschäftes eine Gesamtverwertung vorzunehmen<sup>224</sup>. Egger<sup>225</sup> möchte für Geschäftsgrundstücke generell ZGB 404 anwenden, doch stimmt dies m.E. nur bei Einzelverwertung, oder bei Gesamtverwertung höchstens dann, wenn Grundstücke den Hauptwert darstellen.

218 Vgl. vor Anm. 198.

219 Egger 403 N 11; Kaufmann 403 N 12.

220 Becker 545 N 15.

221 Egger 403 N 3; Schrott 94; Sauter 20; Senn 9; Kaufmann 403 N 5 f.; Curti 403 N 6 f.; Knapp 70; Good 45; Hefti 110.

222 Kaufmann 403 N 5; Egger 403 N 4; Curti 403 N 4; Hefti 111.

223 So Curti 403 N 8; Hefti 211 f.; a.M. Kaufmann 403 N 11, 422 N 10; Egger 403 N 6, 422 N 9; Knapp 85.

224 Schrott 94 f.; Kaufmann 403 N 7; Hefti 108; Good 49.

225 403 N 5.

### 3. Führung des Geschäftes durch Beistand<sup>226</sup>

Kann sich im allg. Vormundschaftsrecht fragen, ob die Weiterführung eines Geschäftes des Mündels dem Vormund oder einem Dritten zu übertragen sei<sup>227</sup>, so wird der Beistand einer AG bei fehlender Verwaltung ja gerade zu diesem Zwecke berufen<sup>228</sup> und es bedarf keines eigenen Übertragungsaktes<sup>229</sup>. Interessant ist aber für die Vertretungsmacht des Beistandes, dass nach herrschender Lehre und Praxis der gewöhnliche Vormund von der Vormundschaftsbehörde sogar zum Prokuristen ernannt werden kann, was einer generellen Voraussgenehmigung aller an sich zustimmungsbedürftigen Geschäfte nach ZGB 421 (ausgenommen Ziff. 1, vgl. OR 459) gleichkommt<sup>230</sup>.

Auch auf die Beistandschaft trifft sodann die Aussage zu, dass bes. Handlungsbevollmächtigte oder Prokuristen das Geschäft führen können, allerdings nur mit Zustimmung der Vormundschaftsbehörde<sup>231</sup>, und zwar m.E. deshalb, weil sie sich hier z.T. wiederum ihrer Rechte aus ZGB 421 begibt. Die Person des Prokuristen wird aber wegen der prinzipiellen Selbständigkeit des Beistands durch diesen selbst und nicht durch die Vormundschaftsbehörde ernannt<sup>232</sup>, und es stehen auch ihm allein die Aufsicht und das Widerrufsrecht zu (OR 465, vgl. auch 726), während der Vormundschaftsbehörde nur ihr allg. Weisungsrecht verbleibt<sup>233</sup>. Prokura und Handlungsvollmacht erlöschen nicht automatisch mit Beendigung der Beistandschaft (OR 40, 461, 465)<sup>234</sup> und auch nicht mit Amtsende des ernennenden Beistandes.

226 Entsprechendes gilt für die Liquidation, vgl. Kaufmann 403 N 10 und Hefti 108.

227 Vgl. Kaufmann 403 N 9; Egger 403 N 8; Knapp 70 f.

228 Vgl. Schrott 95.

229 Vgl. Good 46 f.

230 Egger 403 N 9; Kaufmann 403 N 9; Hefti 108 ff., der aber 111 unkonsequent sagt, die Vertretungsmacht gehe nie weiter als die Befugnisse in ZGB 412, und unrichtig ist auch, dass vom geschäftsführenden Vormund analog ZGB 365 Sicherheitsleistung verlangt werden könne, und zwar wegen der hier bestehenden Amtspflicht im Gegensatz zum Vormund unter dem Familienrat (ZGB 382 II); a.M. Good<sup>48</sup>, weil dies dem Prinzip der staatlich beaufsichtigten Führung der Mündelgeschäfte widerspreche.

231 Egger 403 N 9; Kaufmann 403 N 9; Knapp 70 f.; Schrott 95.

232 A.M. die Autoren in Anm. 231 und Hefti 108.

233 Good 49 ff.; Schrott 95; Egger 403 N 9; a.M. Kaufmann 403 N 10; die ersten beiden Autoren ziehen eine mehrfache Beistandschaft diesem Verhältnis vor, Good v.a., weil es sich um einen handelsrechtlichen Einbruch ins Vormundschaftsrecht handle, doch haben wir es ja hier gerade mit dem Gegenteil zu tun.

234 Hefti 110.

## B. Während der Amtsdauer

### I. Verweis auf A.

Nach Stellung und Randtitel beschlagen ZGB 398–404 nur den Beginn des Amtes. Sinn und Zweck einzelner Bestimmungen, nicht aber von allen<sup>235</sup>, erheischen in-  
dessen deren andauernde Geltung<sup>236</sup>.

So müssen i.S. von vorne A. I. neue Vermögensobjekte schon wegen ZGB 413 inventarisiert (ZGB 398) werden<sup>237</sup> und wirkt auch ZGB 399 fort<sup>238</sup>. Dagegen beschränkt sich ZGB 400 als eigentliche "Liquidationsmassnahme" auf die Amtsübernahme und greift später allenfalls ZGB 421 Ziff. 2 Platz<sup>239</sup>. ZGB 401 wiederum gilt immer für Neuanlagen<sup>240</sup>; die Überprüfung der Sicherheit von Kapitalanlagen (ZGB 402) sodann ist wegen des Wandels der wirtschaftlichen Verhältnisse eine stete Pflicht<sup>241</sup>; und schliesslich weicht nach Amtsübernahme auch nicht der Gedanke von ZGB 403<sup>242</sup>. ZGB 404 I enthält wohl eine für die vormundschaftliche Vermögensverwaltung allg. zu beherzigende Regel<sup>243</sup>. Der Streit geht nur um die Fortgeltung von Abs. III<sup>244</sup>.

M.E. ergibt eine Gegenüberstellung der Kataloge von ZGB 421 (Ziff. 1) und 422, dass Grundstückangelegenheiten prinzipiell nicht in die Kompetenzen der Aufsichtsbehörde gehören.

## II. Gewöhnliche Verwaltung

### 1. Grundsatz und Umfang

Dass der Beistand grundsätzlich die Vermögensverwaltung zu besorgen hat, ergibt sich aus ZGB 367 (II), 393, 419 und dem sich auch an ihn wendenden Art. 413 I<sup>245</sup>. Er ist Verwalter, Vertreter, Geschäftsführer<sup>246</sup>.

235 So Egger 398 N 17; vgl. SJZ 25 84 Nr. 15; BGE 63 I 108.

236 Kaufmann vor 398 N 5.

237 Egger 398 N 21; Kaufmann 398 N 5; Schroff 88.

238 Disler 88; Kaufmann vor 398 N 5, 413 N 15.

239 Egger 400 N 2; Kaufmann 400 N 13; a.M. Hefti 148 f.

240 Kaufmann 401 N 1, 16; Disler 58, 62, 88.

241 Senn 3; Zellweger 44; Disler 62 f., 90, 92; BGE 78 II 343 E 3; Egger 402 N 2; Hefti 149 f., 171 f.; Jenny 128; Kaufmann 413 N 15; vgl. Zwingli 45.

242 Kaufmann vor 398 N 5.

243 Gl.M. ZBGR 26 100.

244 Dafür BGE 63 I 108, 74 II 78 E 3; SJ 73 431; Egger 404 N 3; SJZ 14 104 Nr. 75, 36 318 Nr. 223; MBVR 42 22 f.; ZVW 11 78 E 1, 16 62 Nr. 18 E 1; ZBGR 31 331 Nr. 99; Spitzer, Verkauf 109; Knapp 71 f.; dagegen Kaufmann 404 N 15; SJZ 9 259 f., 33 348 Nr. 67, 26 28 Nr. 18; ZVW 9 155 E 3 = ZBl 54 292 E 3; widersprüchlich Zellweger 57.

245 Pfander 83; Kaufmann 419 N 16; vgl. Schroff 92, 98; Egger 419 N 10.

246 Egger 413 N 5; Kaufmann 413 N 7.

Anderslautende Verfügung der Vormundschaftsbehörde vorbehalten, muss der Beistand sich normalerweise um das gesamte Vermögen kümmern – auch ausländisches, wenn das betreffende Recht dies zulässt. Gerade in internationalen Fällen mag es aber zur Verwaltung bloss eines Teilvermögens kommen<sup>247</sup>. Die Vermögensverwaltung des Beistands wird auf alle Fälle eingeschränkt durch das gesetzliche Mitwirkungsrecht der vormundschaftlichen Behörden, und sie kann gänzlich ausgeschlossen sein, wenn das Vermögen tatsächlich verwaltet wird, sei es öffentlich- (Konkursverwaltung) oder privatrechtlich (untergeordnete Organe, Spezialbevollmächtigte)<sup>248</sup>.

## 2. Inhalt

### a) *Sorgfalt (ZGB 413 I)*

Was die Sorgfaltspflicht angeht, darf auf OR 398 II verwiesen werden. Diese Vorschrift erfordert einmal subjektiv getreue, d.h. uneigennützig und gewissenhafte Geschäftsführung<sup>249</sup>. Als Zweites hat der Beistand die objektiven Regeln einer sorgfältigen Verwaltung zu befolgen, die sich weniger aus dem Gesetz als aus bewährter Praxis ergeben<sup>250</sup>.

### b) *Verwaltung des Vermögens (ZGB 419 I)*

Es kann nicht generell festgelegt werden, welche Geschäfte zur gewöhnlichen Verwaltungstätigkeit zu zählen sind, denn es kommt auf die Lage des Einzelfalles an. Allg. gesprochen muss der Beistand einerseits sowohl die öffentlich- (z.B. Steuererklärung und -bezahlung) als auch privatrechtlichen Pflichten des Verbeiständeten erfüllen, wobei er keine Gläubiger bevorzugen darf, andererseits dessen Ansprüche wahren, sei es durch Einzug von Forderungen nötigenfalls auch mit Betreibung, sei es durch Abwehr gegen ungerechtfertigte Inanspruchnahme des Vermögens eventuell auf dem Prozessweg (vgl. aber ZGB 421 Ziff. 8)<sup>251</sup>. Zu diesem Zwecke darf und muss er den erforderlichen Einblick in die Vermögensverhältnisse nehmen<sup>252</sup>.

247 von Waldkirch 25; Egger 393 N 2, 8; Kaufmann 413 N 8; Trüeb 84, BGE 51 II 259 ff.

248 Hefti 139 f.; Disler 86 f.

249 Kaufmann 413 N 11.

250 Egger 413 N 6 f., 10 f.

251 Schrott 91; Pfander 76 f.; Egger 398 N 8, 413 N 13, 16, 419 N 3; Kaufmann 413 N 16 und 18, 419 N 3; Trüeb 85; BGE 51 II 265, 72 III 2; ZVW 9 159; Sauter 18; Disler 86, 92; vgl. ZR 64 293 f.

252 Egger 413 N 12.

Wenn daneben gesagt wird, der Beistand habe sich auf die notwendigen Verwaltungshandlungen zu beschränken<sup>253</sup>, so mag das für das allg. Vormundschaftsrecht mit seinem eher statischen und konservativen Charakter zutreffen. In ZGB 419 I steht aber nichts von bloss notwendiger Verwaltung, noch handelt es sich bei einer AG um ein Stück Vermögen, das durch Einzug von Forderungen und Begleichung von Schulden genügend verwaltet ist. Der AG eignet ein dynamisches Wesen und der Beistand hat sie in der Weise weiterzuführen, die ihrer Zwecksetzung und bisherigen Politik gerecht wird.

### c) *Erhaltung des Vermögens (ZGB 419 I)*

Unter diesem Aspekt ist einmal zweifellos an die physische Instandhaltung körperlicher Vermögensobjekte sowie an Versicherungen zu denken<sup>254</sup>. Was den Finanzwert des Vermögens anbelangt, so betont die Lit. zum allg. Vormundschaftsrecht, dass der Vormund in erster Linie das Vermögen zu erhalten und es erst in zweiter Linie und nie auf Kosten der Sicherheit zu vermehren habe<sup>255</sup>. Dagegen spricht ZGB 419 I von Beschränkung des Beistandes auf Erhaltung des Vermögens und wird auch so verstanden<sup>256</sup>. Für die AG darf dies aber wiederum nicht nur i.S. der Nominal- oder auch Realwerterhaltung verstanden werden, denn stehenbleiben heisst hier zurückfallen, so dass sich das beistandschaftliche Gebaren handelsüblichen Standard zu eigen machen muss.

## III. Rechnungsführung und -ablage insbesondere

### 1. Pflicht des Beistandes

#### a) *Grundsatz*

Aus ZGB 413 II – dieser gilt auch für den Beistand<sup>257</sup> – i.V.m. 423 I ergibt sich, dass der Amtsinhaber nicht bloss Rechnung ablegen, sondern allg. auch Bericht erstatten muss. Diese Pflichten sind zwingend und können dem Beistand nicht erlassen werden. Bei fehlenden kantonalen Verordnungen (ZGB 425 II) trifft dabei die Vormundschaftsbehörde die nötigen Anordnungen. Abgesehen von der allg.

253 Pfander 76; Sauter 18; Trüeb 85; Egger und Kaufmann 419 N 3; Schrott 91.

254 Kaufmann 413 N 15; Egger 413 N 15 f.; Disler 92; Hefti 150.

255 Egger 401 N 20, 413 N 3 f.; Kaufmann 413 N 5, 19; Curti 413 N 2; Disler 94; Hefti 53, 138.

256 Pfander 76, 84; Sauter 18; Kaufmann und Egger 419 N 3; Trüeb 85.

257 Pfander 84; SJZ 23 246 Nr. 195; Zellweger 72; MBVR 24 452 Nr. 180.

Auskunftspflicht<sup>258</sup> ist aber Rechnung nur im Umfange tatsächlicher Vermögensverwaltung abzulegen. Behördliche Vermögensverwaltung, z.B. durch eine Konkursverwaltung, schliesst demnach die Rechnungspflicht aus, nicht dagegen die Tatsache, dass aufgrund privatrechtlicher Ordnung ein Dritter (Direktor, Beauftragter) unter der Aufsicht des Beistandes das Vermögen verwaltet<sup>259</sup>.

Bei mehrfacher Beistandschaft mit gemeinsamer Amtsführung müssen Bericht und Rechnung gemeinsam erstattet werden, bei gesonderten Aufgabenbereichen entsprechend getrennt<sup>260</sup>.

## b) Gestaltung

Was die Art der Rechnungs- und Buchführung und die Gestaltung der Abschlüsse anbelangt, so sei auf die umfangreiche und eingehende Lit. verwiesen<sup>261</sup>. Es ergibt sich aus ihr, dass die vormundschaftsrechtlichen Anforderungen niemals über die handelsrechtlichen hinausgehen, wie sie OR 957 ff. und speziell für die AG OR 662 ff. festlegen. Es ist denn auch unbestritten, dass in unserem Falle auf die Vorschriften des OR abgestellt werden darf, ja muss. Die Vormundschaftsbehörde hat dann im Rahmen ihrer Rechnungsprüfung ein allg. Einsichtsrecht in Bücher und Belege der AG<sup>262</sup>. Die Vormundschaftsbehörde wird die Rechnungsperiode zweckmässigerweise dem Geschäftsjahr der AG angleichen. Wenn Veranlassung vorliegt, kann aber die Vormundschaftsbehörde aufgrund ihres Aufsichtsrechts jederzeit Zwischenberichte verlangen<sup>263</sup>.

## c) Erzwingung

Reicht der Beistand die Rechnung nicht rechtzeitig ein, wird er unter Fristansetzung gemahnt. Ist dies frucht- oder von vornherein aussichtslos, stehen der Vormundschaftsbehörde zudem die Mittel von ZGB 445 ff., StGB 292 und die Möglichkeit der Ersatzvornahme zu Gebot. Letzteres kann durch einen ad hoc-Beistand geschehen und kommt auch in Frage bei Verhinderung des Beistandes<sup>264</sup>.

258 Good 27 f.

259 Knapp 100 f., 105; Disler 102 f.; Egger 413 N 18; ZBl 49 486 E 5.

260 Disler 104; Hefti 187 f., 223.

261 Disler 96 ff., 112 ff.; Egger 413 N 20 f.; Kaufmann 413 N 21 ff., 34 ff.; Curti 413 N 3; Zellweger 68 f.; Hefti 222 f.; Knapp 102; Zwingli 80 ff.; ZVW 12 35; Good 28.

262 Disler 123 f., 129; Curti 413 N 6; Egger 413 N 21; Hefti 223; Zwingli 47; Kaufmann 413 N 40; Zellweger 69.

263 Disler 104 f.; Kaufmann 413 N 27 f.; Egger 413 N 22; Curti 413 N 5; Hefti 222.

264 Disler 105 f.; Zwingli 47; Kaufmann 413 N 31 f.; Egger 413 N 24; ZVW 23 80; ZBl 49 486 E 5; Hefti 221 f.

Neben dieser unbestrittenen Erzwingung der Rechenschaftspflicht als einer öffentlich-/vormundschaftsrechtlichen räumen einige Autoren dem Verbeiständeten einen privatrechtlichen Anspruch auf Rechnungslegung analog OR 400 I ein, der prozessual schon während der Beistandschaft für jede Rechnungsperiode durchgesetzt werden könne, so lange aber auf Leistung gegenüber der Vormundschaftsbehörde gehe<sup>265</sup>. Man mag dem beipflichten oder nicht; ich sehe nur nicht recht ein, was man damit zusätzlich erreichen will.

#### *d) Beizug des Verbeiständeten (ZGB 413 III)*

Es handelt sich hier wiederum um eine Ordnungsvorschrift, deren Verletzung aber Verantwortlichkeitsfolgen zeitigen kann<sup>266</sup> und die nur dann auf die AG anwendbar ist, wenn sie noch irgendwelche Verwaltungsorgane besitzt. Dann aber wird ohne diese auch kaum auszukommen sein.

Curti<sup>267</sup> versteht unter Rechnungsablage die abschliessende Behandlung durch die Vormundschaftsbehörde, doch genügt ein Blick auf ZGB 409, um festzustellen, dass der Zuzug schon vorher stattzufinden hat, m.E. auch noch vor endgültiger Erstellung der Rechnung<sup>268</sup>.

## 2. Prüfung (ZGB 423)

### *a) Tätigkeit der vormundschaftlichen Behörden*

Ist ZGB 413 auf den Beistand anwendbar, so selbstredend auch 423<sup>269</sup>. Danach hat die Vormundschaftsbehörde Berichte und Rechnungen des Beistands zu überprüfen, und zwar mit aller Sorgfalt und unter ihrer Verantwortlichkeit<sup>270</sup>. Die Rechnungsprüfung ist formeller und mat. Natur<sup>271</sup>. Die formelle Prüfung entspricht derjenigen der Kontrollstelle, und da sich die Vormundschaftsbehörde, wenn es geboten erscheint, dazu Sachverständiger bedienen darf, wird sie sich hier i. allg. auf den Bericht der Kontrollstelle verlassen dürfen, wobei allerdings beigefügt werden muss, dass die Vormundschaftsbehörde für Auswahl, Instruktion

265 Hefti 223 f.; Knapp 105 f.; Good 72; Zellweger 68; unklar ZBl 49 487; a.M. Disler 109 ff.

266 Kaufmann 413 N 44.

267 413 N 10.

268 A.M. Kaufmann 413 N 45 und wohl Egger 452 N 2.

269 Pfander 83; Kaufmann 423 N 26; SJZ 23 246 Nr. 195; Disler 135.

270 Vgl. den epischen Entscheid ZBl 34 37 ff.

271 Knapp 102.

und Beaufsichtigung der Sachverständigen haftet<sup>272</sup>, mit anderen Worten die Kontrollstelle hohen Ansprüchen genügen muss. Wichtiger ist die mat. Prüfung, ob der Beistand die gesetzlichen (etwa ZGB 399 ff.) und behördlichen Anordnungen befolgt und im übrigen zweckmässig gehandelt habe<sup>273</sup>. Auch hier kann der Beizug Sachverständiger vonnöten sein, dazu allenfalls die Anhörung des Beistandes und anderer Beteiligter. Für das kantonale Recht bleibt diesbezüglich nach ZGB 425 I Regelungsraum offen<sup>274</sup>.

An der Tätigkeit der Vormundschaftsbehörde ändert sich auch bei Nachprüfung durch die Aufsichtsbehörde nach ZGB 423 III nichts<sup>275</sup>. Ihre Schlussnahme bedeutet aber diesfalls rechtlich nur Antragstellung an die Aufsichtsbehörde<sup>276</sup>. Diese hat alsdann alle in ZGB 423 I und II erwähnten Befugnisse. Nach Kaufmann<sup>277</sup> können die Kantone die Kognition der Aufsichtsbehörde bestimmen und das Beschwerderecht ordnen. Ersteres ist problematisch, weil durch die Genehmigungübertragung an die Aufsichtsbehörde eine/die Beschwerdeinstanz verlorengeht und dann nicht noch die Kognition der Aufsichtsbehörde eventuell eingeschränkt werden sollte; letzteres darf wohl nicht heissen, dass sich am Beschwerdeverfahren nach ZGB 420 etwas ändert.

#### *b) Wirkung der Genehmigung und Massnahmen bei Nichtgenehmigung*

Genehmigung oder Nichtgenehmigung ergeht stets durch Beschluss der Gesamtheit der Behörde.

Die Prüfung nach ZGB 423 erfolgt kraft Aufsichtsrechts und nicht in Vertretung des Verbeiständeten. Die Genehmigung befreit deshalb den Beistand in keiner Weise von seiner Verantwortlichkeit<sup>278</sup>, sondern schafft bloss eine Vermutung für die Ordnungsmässigkeit der Verwaltung und Rechnungsführung des Beistandes in dem Masse, als die vormundschaftlichen Behörden dies überprüfen konnten<sup>279</sup>. Die Genehmigung bescheinigt nicht einmal eine ordnungsgemässe Verwaltung und macht die Rechnung vollends nicht zu einer Urkunde i.S. von ZGB 9<sup>280</sup>.

Blosse Rechnungsfehler berichtigt die Behörde selbst. Bei anderen formellen oder mat. Mängeln muss sie die Genehmigung unter Angabe der Gründe verweigern

272 Hefti 224; Zellweger 70; Disler 129 f.; Egger 413 N 23; Kaufmann 423 N 8, 10.

273 Disler 130 f.; Egger 413 N 23; Hefti 224 f.; ZVW 31 114 E 2a.

274 Kaufmann 413 N 8, 10 f.

275 Kaufmann 423 N 7.

276 Curti 423 N 13; Hefti 227; Disler 127; die Theorie von der doppelten Genehmigung (Kaufmann 423 N 17; Knapp 104) findet im Gesetz keine Stütze.

277 423 N 21, 25.

278 Disler 128, 134; Kaufmann 423 N 13, 22 f.; Hefti 227 f.; Curti 423 N 7; Knapp 103; vgl. MBVR 18 116.

279 ZVW 7 36; Zellweger 71; Egger 423 N 27; Good 72.

280 So Hefti 227 f.; Disler 128, 134; Knapp 103.

und dem Beistand Frist zur Behebung ansetzen (ZGB 423 I). Erst wenn dies nichts hilft oder als aussichtslos erscheint, wird sie zu Mitteln wie ZGB 445 ff. oder Ersatzvornahme durch einen Sachverständigen greifen oder selbst handeln dürfen<sup>281</sup> (ZGB 423 II).

Gegen Genehmigung wie Nichtgenehmigung schliesslich kann Beschwerde nach ZGB 420 geführt werden<sup>282</sup>.

### c) *Zustand nach Prüfungsverfahren*

Nach Genehmigung bleibt ein Exemplar von Rechnung und Bericht bei der Behörde, welche sie aufbewahrt, während ein Doppel mit Genehmigungsvermerk dem Beistand ausgehändigt oder ihm doch zumindest der Genehmigungsbeschluss mitgeteilt werden muss<sup>283</sup>.

Bei Nichtgenehmigung bleibt festzuhalten, dass sich zivilrechtliche Ansprüche des Verbeiständeten gegenüber dem Beistand der Entscheidung durch die vormundschaftlichen Behörden entziehen. Solche Streitigkeiten sind in einen Prozess zu verweisen, der prinzipiell schon während der Beistandschaft stattfinden kann, wobei ZGB 392 Ziff. 2 zu beachten ist<sup>284</sup>. Wegen ZGB 454 eilt es jedoch nicht unbedingt, nur muss die Behörde bei der Prüfung zuhanden eines späteren Prozesses zweckdienliche Feststellungen und Vorbehalte machen<sup>285</sup>.

## § 38. *Amtsdauer und Entschädigung*

### A. *Amtsdauer*

Nach der Lit. schliesst ZGB 417 II den Art. 415 aus<sup>1</sup>. Zumindest komme er nur zur Anwendung, wenn eine bestimmte Amtsdauer festgelegt worden sei, was nicht zu geschehen brauche<sup>2</sup>. M.E. nun hat der Beistand erstens Anspruch auf Begrenzung der Amtsdauer und drängt sich demnach zweitens eine Heranziehung von ZGB 415 auf<sup>3</sup>. Danach darf der Beistand wegen Abs. III erstmals nicht länger als auf 4 Jahre bestellt werden. Die Bestätigung nach Abs. II ist eine Wiederwahl, die jedoch weder

281 Disler 131 f., 135; Egger 413 N 24, 26; Kaufmann 423 N 12, 14; Knapp 104 f.; Curti 423 N 6, 10; Hefti 225 ff.; vgl. BGE 48 II 432; sehr zurückhaltend Good 28.

282 Knapp 105; Disler 135; Egger 413 N 26; Kaufmann 423 N 24.

283 Egger 413 N 21, 26; Kaufmann 413 N 13, 15; vgl. ZBl 49 486 E 5.

284 Knapp 103; Good 72.

285 Hefti 225 f.; Disler 132 f.; Kaufmann 423 N 6; Lüscher 118.

1 Trüb 114; Schroff 102; Kaufmann 417 N 6.

2 Egger 417 N 12.

3 So auch Kaufmann 417 N 7.

Ernennungsurkunde noch Amtsübergabe oder neue Veröffentlichung erfordert, wohl aber ordnungshalber einer Mitteilung nach ZGB 387 I bedarf<sup>4</sup>. Der Beistand hat indessen keinen Anspruch auf Bestätigung. Das heisst nun nicht, die Vormundschaftsbehörde könne nach Belieben von einer Wiederwahl absehen. Vielmehr mögen die Interessen des Verbeiständeten eine Weiterführung durch den bisherigen Beistand erheischen. In entsprechendem Umfang besteht ein Beschwerderecht<sup>5</sup>.

## B. Entschädigung

### I. Allgemeines

#### 1. Prinzip

Für die Entschädigung des Beistandes (ZGB 417 II) können die Grundsätze von ZGB 416 angewendet werden<sup>6</sup>. Nach beiden Vorschriften hat die Vormundschaftsbehörde die Entschädigung festzusetzen und darf den Beistand nicht einfach an den Verbeiständeten verweisen<sup>7</sup>. Der Beistand mag selbst einen Entschädigungsantrag stellen, etwa indem er seine Forderungen in der Rechnungsablage aufführt. Dabei wird er sich über seine Bemühungen und Aufwendungen ausweisen müssen<sup>8</sup>.

#### 2. Zeitliches

Die Entschädigung kann zum voraus festgelegt werden<sup>9</sup>, wenn die Elemente schon bestimmbar sind. Ansonsten geschieht dies bei Abnahme der Rechnung<sup>10</sup> (vgl. ZGB 416) und nicht etwa erst am Schluss einer Amtsperiode oder gar des Amtes<sup>11</sup>. Dreht es sich um eine Schlussrechnung, so gelten im Zweifel auch nachträgliche Bemühungen als miteingeschlossen<sup>12</sup>. In der anderen Richtung wurde es abge-

4 Kaufmann 415 N 7 f.; Egger 415 N 4; vgl. BGE 53 II 201 E 3.

5 Egger 415 N 3; SJZ 37 202 Nr. 133; Kissling 52; ZVW 4 145 Nr. 56, 23 69, 25 154, 35 73; Good 75; Hefti 234; Kaufmann 442 N 4 will dem Beistand eine Beschwerde zur Wahrung berechtigter eigener Interessen einräumen, doch sehe ich keine solchen.

6 Kaufmann 417 N 8; SJZ 34 248 Nr. 179, 35 137 f.; Egger 416 N 4; Trüeb 117; Curti 417 N 5; ZVW 16 30 und 157 E 1, 13 110.

7 SJZ 17 169 Nr. 121; Schroff 105.

8 Disler 138; ZVW 2 110 Nr. 51, 7 37 Nr. 15, 13 111 E 2, 23 34; von Dach 6; Egger 416 N 8, 16; Kaufmann 416 N 8, 16; Zellweger 70 f.

9 Curti 416 N 8; Egger 416 N 16: ungewöhnlich; ablehnend Kaufmann 416 N 16.

10 Egger 413 N 26.

11 So Trüeb 117.

12 SJZ 26 66 Nr. 43; Egger 416 N 16; Zellweger 71; Schroff 105.

lehnt<sup>13</sup>, einen "Beistand" zu entschädigen, der noch vor Rechtskraft der Verbeiständung gehandelt hatte. Dies kann aber zumindest dann nicht stimmen, wenn die Erledigung vormundschaftlicher Geschäfte i.S. von ZGB 386 not tat.

Der Entschädigungsanspruch unterliegt der Verjährung und beginnt mit der Rechnungsprüfung<sup>14</sup>, spätestens aber mit Abnahme der Schlussrechnung zu laufen<sup>15</sup>. Die Verjährbarkeit ist zwar schon mit dem Hinweis abgelehnt worden, es gehe hier um eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit<sup>16</sup>, doch sind selbst dann die Grundsätze des OR (127 ff.) anwendbar<sup>17</sup>.

## II. Bemessung der Entschädigung

### 1. Grundsatz von ZGB 416

Der Beistand ist angemessen zu entschädigen, wobei den Massstab seine Arbeitsleistung einerseits und die Mittel des Verbeiständeten anderseits bilden<sup>18</sup>. Aus diesem Grunde und nicht, weil ZGB 425 die Vogtgebühr nicht erwähnt<sup>19</sup>, dürfen die Kantone keinen absoluten Höchst- oder Mindestbetrag festlegen.

Was den Arbeitsaufwand betrifft, so hat ihn (auch a.o.) der Beistand auszuweisen. Nicht in Betracht fallen dabei Befugnisüberschreitungen<sup>20</sup>. Sehr bestimmend ist aber sodann die Vermögenslage des Verbeiständeten, wobei Ausgangspunkt das beistandschaftlich verwaltete Vermögen darstellt<sup>21</sup>. Nach dem Wortlaut von ZGB 416 käme alles auf den Vermögensertrag an und wären die Grösse des Vermögens<sup>22</sup>, dessen allg. Situation und sonstige Einkünfte des Verbeiständeten nicht zu berücksichtigen. Lit. und Praxis vertreten zu Recht eine weitere, fallgerechte Auffassung<sup>23</sup>. Abzulehnen ist auch der Versuch, die Entschädigung in Prozentsätzen der Einkünfte festzulegen<sup>24</sup>. Für den die GV vertretenden Beistand werden die soeben dargelegten Grundsätze anzuwenden sein.

13 ZVW 12 37 E 2.

14 A.M. ZVW 15 118 f. für den Fall, dass eine Entschädigung dann noch nicht festgelegt werde, weil ZGB 416 insofern bloss Ordnungsvorschrift sei; m.E. spielt das jedoch keine Rolle.

15 ZVW 30 120, 15 118 f.

16 ZVW 8 67.

17 Imboden/Rhinow 200 ff.; Schwarzenbach 73; Fleiner 81.

18 SJZ 35 104 Nr. 84; Schroff 105; Egger 417 N 13 i.V.m. 416 N 9 f.; Kaufmann 417 N 8 i.V.m. 416 N 7 ff. und ders., Beistandschaft 47 mit Verweis auf ZVW 7 73 Nr. 22, wo der Beistand aber mehr ge- als entschädigt wird; Curti 416 N 7 plädiert für bescheidene Entschädigung, da es sich um ein *nobile officium* handle.

19 So Kaufmann 416 N 6.

20 ZVW 2 112 Nr. 51, 18 146 f., 20 30 Nr. 6, 30 119 E 2.

21 ZVW 2 150; Egger 416 N 5.

22 So Kaufmann 416 N 9; Curti 416 N 6; Disler 138.

23 ZVW 2 31 f., 13 110, 18 146 E 1a, 20 30 Nr. 6, 30 119 f.; Albisser 37; Kaufmann 416 N 17; SJZ 43 310 Nr. 155.

24 ZVW 23 34 f.; a.M. Egger 416 N 10.

## 2. Qualifizierte Arbeit

Die (vorwiegend) ältere Lehre hat es abgelehnt, dort den Beistand bes. zu entschädigen, wo er zur Erledigung seiner Aufgabe spezieller Kenntnisse und Fähigkeiten bedarf. Namentlich wollte sie keine entsprechenden Berufstarife gelten lassen. Grund: Es handle sich beim Amt des Beistandes um eine Bürgerpflicht und nicht um einen privaten Auftrag<sup>25</sup>.

Schon früh und dann immer mehr hat sich indessen die Gegenmeinung bemerkbar gemacht und durchgesetzt, der sein Berufsgeschick einsetzende Beistand könne die übliche Vergütung verlangen, wie wenn ein nicht spezialisierter Beistand einen Fachmann beiziehen und bezahlen müsste<sup>26</sup>. Dies gilt namentlich auch in handelsrechtlichen Verhältnissen<sup>27</sup>, so dass auf den die Verwaltung ersetzenden Beistand die Entschädigungsregeln für die Verwaltung<sup>28</sup> und auf den die Liquidatoren bzw. die Kontrollstelle vertretenden Beistand Auftragsgrundsätze<sup>29</sup> anwendbar sind.

## 3. Auslagenersatz

Das Gesetz erwähnt Auslagen und Verwendungen nicht. Sie sind aber analog OR 402 I gleichfalls zu ersetzen, wobei sich der Beistand entweder schon aus den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln bezahlt oder dann mit Rechnungsablage seine Forderungen geltend macht<sup>30</sup>.

## III. Mittellosigkeit des Verbeiständeten

Entschädigung und Auslagenersatz sind aus dem Vermögen des Verbeiständeten zu entrichten (ZGB 416)<sup>31</sup>. Nach der älteren Lehre hatte der Beistand daher bei Mittellosigkeit des Verbeiständeten leer auszugehen und konnte sich nicht etwa

25 SJZ 14 192 f., 32 121 Nr. 88, 35 104 Nr. 84; Schroff 105; ZVW 2 110 f.: Es wäre aber rechtsmissbräuchlich, zur Führung eines Prozesses die Beistandschaft aus Ersparnisgründen stets einem Anwalt zu übertragen - wem sollte sie denn sonst übertragen werden? Vgl. noch ZVW 30 120.

26 Hefti 66; Disler 137; von Dach 5 f.; Egger 416 N 19 und Kaufmann 416 N 20 ff., die dann aber inkonsequent doch wieder auf die Vermögensverhältnisse des Verbeiständeten abstellen wollen; ZVW 13 111 E 1, 16 157 f., 17 66 Nr. 18; zurückhaltender ZVW 23 34 f.

27 Egger 416 N 21; Kaufmann 416 N 20 ff.

28 Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz 173 f.; Bürgi 708 N 10, 677 N 31 ff.

29 Vgl. Bürgi 740 N 24, 28 mit Zit. bzw. ders. 727 N 25; Forstmoser/Meier-Hayoz 192 N 5.

30 Egger 416 N 18; Kaufmann 416 N 23, 25; Disler 136; von Dach 4 ff.; Albisser 37; ZVW 23 34 verweist auf OR 422; vgl. ZVW 18 145.

31 SJZ 17 170 Nr. 121; Schroff 105.

am Gemeinwesen erholen<sup>32</sup>. Dieser wegen der Amtspflicht unhaltbare Zustand ist heute überwunden. Dasjenige Gemeinwesen, dem nach Gesetz die Beistandschaft untersteht, schuldet dem Beistand bei Mittellosigkeit des Verbeiständeten Entschädigung und Auslagenersatz<sup>33</sup>, erhält aber nach Massgabe seiner Leistung ein Rückgriffsrecht gegen den Verbeiständeten. Die Einschränkung, dass dabei die Entschädigung nur eine bescheidene sein könne<sup>34</sup>, darf nicht gelten für den Auslagenersatz und für die Entschädigung des Spezialisten.

#### IV. Rechtsmittel und Vollstreckung

Einigkeit besteht insoweit, als bei Streitigkeiten über die gewöhnliche vormundschaftliche Entschädigung (ZGB 416) nicht der Zivilrichter anzugehen, sondern der Beschwerdeweg von ZGB 420 einzuschlagen ist, vorbehaltlich einer Anrufung von Verwaltungsgerichten nach kantonalem Recht<sup>35</sup>. Der Zivilrichter tritt aber nach h.M. in Funktion, wenn das Gemeinwesen bei Mittellosigkeit des Verbeiständeten eine Entschädigung verweigert<sup>36</sup> sowie allg. bei Anständen bezüglich Entschädigung von qualifizierter Arbeit des Beistandes<sup>37</sup> und bei solchen über den Auslagenersatz<sup>38</sup>.

Der Charakter des Entschädigungsentscheides als Rechtsöffnungstitel i.S. von SchKG 80 kann nach diesen Ausführungen mithin nur so weit bejaht werden, als die vormundschaftlichen Behörden abschliessend Geldbeträge zugesprochen haben<sup>39</sup>, also nicht bei Entschädigung für qualifizierte Arbeit<sup>40</sup> und bei Auslagenersatz<sup>41</sup>.

32 SJZ 28 330 Nr. 275, 35 104 Nr. 83; Zellweger 71; Curti 416 N 3.

33 SJZ 33 141 f.; Disler 139 ff.; ZVW 18 145; ZBI 39 368; Albisser 42; BGE 89 I 7; ZVW 13 69; Egger 416 N 12, 14, 18; Kaufmann 416 N 18 f., 22, 25; vgl. ZR 45 87 Nr. 43.

34 ZVW 2 111 f.; von Dach 10 f.

35 Egger 416 N 15; E. Reinhardt: Die Rechtsöffnung gegenüber Verwaltungsentscheiden, insbes. in Vormundschaftssachen, in: SJZ 31 355 ff., 355 f.; Curti 416 N 1; Kaufmann 416 N 16; SJZ 43 310 Nr. 155, 28 329 f.; ZVW 2 32 Nr. 15, 8 67, 16 157 E 1, 17 65 f.; Disler 138.

36 Vgl. Zit. in Anm. 35, die aber mit Ausnahme von Curti, Reinhardt, SJZ 28 329 f., ZVW 16 157 f. und 17 65 f. nur sagen, dass der Entscheid über die *Hohe* der Entschädigung der Vormundschaftsbehörde zustehe.

37 von Dach 5 f.; Egger 416 N 19, 420 N 11; Kaufmann 416 N 22; ZVW 16 157 f., 17 66 Nr. 18; a.M. offenbar Disler 138.

38 Disler 136; SJZ 37 138 Nr. 82; Kaufmann 416 N 25; ZVW 8 68 Nr. 6 zumindest für Auslagen von einer gewissen Bedeutung; unklar von Dach 5 f.; a.M. Egger 416 N 18.

39 Gl.M. wohl Egger 416 N 17.

40 Unklar insoweit Reinhardt (zit. Anm. 35) 356; Jaeger/Daeniker 80 N 15 f.; BJM 1960 8 f.

41 SJZ 37 138 Nr. 82; a.M. Jaeger/Daeniker 80 N 15 f. und Reinhardt (zit. Anm. 35) 356.

## 2. Kapitel

### Ausserordentliche Verwaltung bzw. Mitwirkung der vormundschaftlichen Behörden

Die Vertretungsmacht des Beistands ist nur nach Massgabe von ZGB 419 II beschränkt<sup>1</sup>. Demnach beschlägt dieser nicht ganz klare Absatz nicht bloss die Vertretungsbefugnis und es fragt sich deshalb, was solche bes. Verfügungen seien und wie sie zustande kommen.

#### § 39. ZGB 419 II

##### A. *Ausserordentliche Verfügungen*

##### I. Unproblematische Fälle und unmassgebliche Gesichtspunkte

Einfach präsentiert sich die Situation bei einem Beistand, der die Kontrollstelle oder die GV vertritt oder für eine beschränkte Aufgabe berufen ist. Die Aufgaben der Kontrollstelle haben schon einmal nichts Aussergewöhnliches an sich (vgl. OR 728 ff.). Anders kann es sich verhalten in den anderen beiden Fällen, doch liegt hier meist schon in der Tatsache der Beistandsbestellung eine Ermächtigung für die abgegrenzten, vorhersehbaren Handlungen, die der Beistand vorzunehmen hat<sup>1</sup>, und es stellt sich überdies nicht die Frage der Erweckung eines falschen Anscheins von Vertretungsmacht, weil sich diese analog ZGB 418 und OR 33 II nach den Anweisungen der Vormundschaftsbehörde richtet.

Sonst aber, d.h. für den die Verwaltung generell vertretenden Beistand, sind Weisungen der Vormundschaftsbehörde bloss Ordnungsvorschriften, denen er nicht nur nicht blindlings folgen darf, sondern deren Nichtbeachtung auf die Rechtsgültigkeit seiner Handlungen keinen Einfluss hat, ihn aber allenfalls verantwortlich macht und der Vormundschaftsbehörde erlaubt, nach ZGB 445 ff. gegen ihn vorzugehen<sup>2</sup>.

1 BGE 69 II 23.

1 So Ottomann 30 für den Prozessbeistand.

2 Hefti 160 f.

## II. Grenzen der gewöhnlichen Vertretungsmacht

### 1. Geltung von ZGB 421 f.?

Die h.M. nimmt an, dass Handlungen nach ZGB 421 immer den Tatbestand von 419 II erfüllen, wobei für uns nur Ziff. 1–6, 8, 10 und 14 in Frage kommen<sup>3</sup>. Konsequenterweise wendet sie dann auch ZGB 422 an, d.h. die hier einzig einen Sinn ergebenden Ziff. 3 und 7, obwohl 419 II nur von der Vormundschaftsbehörde spricht<sup>4</sup>.

Hiezu folgende Bemerkungen: Unbestrittenerweise kann es auch Handlungen geben, die nicht unter ZGB 421 f. fallen, wohl aber unter 419 II<sup>5</sup>. Umgekehrt sind aber auch die Bestimmungen von ZGB 421 f. nicht ohne weiteres auf Art. 419 II übertragbar<sup>6</sup>, wie z.B. gerade Art. 421 Ziff. 10 zeigt<sup>7</sup>: Der Beistand wird nicht für eine Handlung die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde einholen müssen, die schon das Gesetz (OR 725 III/IV) gebietet<sup>8</sup>.

M.E. muss deshalb allein aus ZGB 419 II heraus die Frage beantwortet werden, was unter einer a.o. Verfügung zu verstehen ist<sup>9</sup>.

### 2. Bestimmung der Vertretungsmacht

Der Verkehrssicherheit wäre am besten gedient, wenn dem Beistand eine Vertretungsmacht im Umfange von OR 718 I zukäme. Darf schon einem Vormund für das Geschäft des Mündels Prokura erteilt werden<sup>10</sup>, so kann die Vormundschaftsbehörde zweifellos dem eigens für die Verwaltung der AG berufenen Beistand eine Vertretungsbefugnis analog OR 718 I einräumen. Doch zeigt ein Vergleich von ZGB 419 mit OR 718 I, dass die Vertretungsmacht des Beistandes ohne spezielle Ermächtigung beschränkt ist.

3 Schrott 93, ohne Ziff. 14 zu erwähnen; Lindegger 67; ZVW 29 114 E 3 im Falle von Ziff. 1 mit Verweis auf ZGB 367 III; BGE 80 II 20 E 1d, 85 II 468 für Prozessführung; vgl. SJZ 13 253 Nr. 62 E 2; a.M. ZBGR 31 275 f.

4 Kaufmann 419 N 5, 7; Egger 419 N 5, 8; Pfander 79 f.; Albisser (zit. § 2. Anm. 2) 42 ff.; Recueil de jurisprudence neuchâteloise 1973–1977 I S. 141; Sauter 18 f.; ZVW 33 34 Nr. 3; wohl auch Riemeier 109; BGE 51 II 266; a.M. ZBGR 15 198 Nr. 3b für ZGB 404 III.

5 Pfander 79 f.; Egger 419 N 6, 8.

6 Kaufmann, Beistandschaft 48.

7 Pfander 80 erwähnt noch bestimmte Prozesse und kehrt sich damit gegen sich selbst; a.M. diesfalls widersprüchlicherweise Kaufmann, Beistandschaft 48, weil er hier sogar Liquidation nach ZGB 422 Ziff. 3 annimmt.

8 A.M. Hefti 202 generell für Handlungen, für die schon eine Verpflichtung besteht; die Behörde prüfe hier deren Vorliegen; dies ist aber eine Aufgabe der Gerichte und ZGB 419 ff. setzen doch gerade voraus, dass noch keine Verpflichtung bestehe.

9 Gl.M. ZVW 9 155 E 3 = ZBl 54 292 E 3; vgl. BGE 69 II 23.

10 Vgl. § 37. A. III. 3. vor Anm. 230.

Für die Vertretungsmacht des Vormundes im Mündelgeschäft hält Egger<sup>11</sup> bezüglich ZGB 421 fest, dass auch Ziff. 1, 4 f. und 8 u.U. ausgeschaltet sein können, nicht aber ZGB 422 und 408, und Hefti<sup>12</sup> führt aus, dass gutgläubige Dritte vorgängige Zustimmung der Vormundschaftsbehörde zu Handlungen im Umfang des Geschäftskreises analog OR 396 I vermuten dürfen – Anlass genug, Gleiches a priori für den Beistand einer AG anzunehmen. Dabei sind immer die Dynamik der Handelsverhältnisse i. allg. und die spezifische Lage der AG im bes. in Anschlag zu bringen, die Handlungen als gewöhnlich und geboten erscheinen lassen können, die einen unter normalen Vormundschaftsverhältnissen a.o. dünken mögen. Die Grenze der beistandschaftlichen Vertretungsmacht muss wohl dort gezogen werden, wo es sich um Schritte handelt, die sich vom Standpunkt einer seriösen Geschäftsführung nur sehr bedingt aufdrängen oder die für die Verhältnisse der AG von grosser Tragweite sind. So wird man wenigstens sagen können, dass die Einleitung eines Nachlassvertragsverfahrens der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde (ZGB 421 Ziff. 8) und die Geschäfte nach ZGB 422 Ziff. 3 – und dann natürlich auch 7 – derjenigen der Aufsichtsbehörde bedürfen<sup>13</sup>. Am ehesten lässt sich die Vertretungsmacht des Beistandes mit derjenigen des Handlungsbevollmächtigten nach OR 462 vergleichen, jedoch muss dessen Abs. II weder immer gelten noch auch schlechthin abschliessend sein.

Diese Angaben sind reichlich diffus, aber Folge davon, dass ZGB 419 weder überdehnt noch auf ZGB 421 f. reduziert werden darf.

## *B. Ermächtigung durch vormundschaftliche Behörde*

Da ich mir keinen Fall vorstellen kann, wo ein Organ der AG befugt und imstande wäre, eine Ermächtigung nach ZGB 419 II zu erteilen<sup>14</sup>, haben wir uns hier auf die vormundschaftliche Behörde zu konzentrieren.

### **I. Verhältnis Beistand/vormundschaftliche Behörde**

#### **1. Antrag und Prüfung**

Im Falle von ZGB 419 II stellt der Beistand nur Antrag, was ihn allerdings nicht der Pflicht eigener sachgemässer Urteilsbildung enthebt<sup>15</sup>. Dies kann in gleicher Weise

11 403 N 8; a.M. Good 47, der dies nur bei Ziff. 2 f. zulässt.

12 111.

13 Kaufmann, Beistandschaft 44, 48; Schroff 93; vgl. BGE 94 I 565 E 2.

14 Gl.M. Kaufmann, Beistandschaft 48; Pfander 78.

15 Hefti 195, 197.

der Gegenkontrahent oder eine Person in analoger Interessenlage tun, und zwar auch ohne Ermächtigung des Beistands<sup>16</sup>; es fragt sich dann nur, ob eine Zustimmung den Beistand zum Handeln verpflichtet. Für den Antrag darf das kantonale Recht (ZGB 425 I) Schriftlichkeit verlangen<sup>17</sup>. Der Antragsteller ist, falls er es nicht von sich aus tut, von der vormundschaftlichen Behörde zur Beibringung der nötigen Beurteilungsgrundlagen aufzufordern. Bei einzelnen Rechtsgeschäften muss der Vertrag bereits in der vom Gesetz geforderten Form vorliegen<sup>18</sup>. Zur Vermeidung unnötiger Kosten hat der Beistand sich allerdings vorgängig bei der Behörde über deren Geneigtheit zur Zustimmung zu erkundigen<sup>19</sup>.

Die Behörde schreitet sodann von Amtes wegen zu einer eingehenden Prüfung in mat. und formeller Hinsicht und zieht nötigenfalls Zeugen und Sachverständige bei. Sie lässt sich dabei durch die Interessen des Verbeiständeten leiten<sup>20</sup>, berücksichtigt daneben aber entgegen der geschlossenen Lehre<sup>21</sup> m.E. auch die involvierten vormundschaftlichen Interessen Dritter und der Öffentlichkeit. Ihren Entscheid trifft sie nach pflichtgemäsem Ermessen, das sich auf Gesetzmässigkeit und Zweckmässigkeit des Rechtsgeschäftes erstreckt. Die Behörde kann auch bedingt zustimmen<sup>22</sup>. Der Beschluss ist dem Beistand und m.E. auch einem allfälligen dritten Antragsteller mitzuteilen<sup>23</sup>. Die Gründe müssen mit Rücksicht auf Beschwerderecht und Verantwortung zumindest protokollarisch festgehalten werden<sup>24</sup>.

## 2. Bedeutung der Zustimmung und Ausführung des Geschäftes

Die Zustimmung stellt eine Amtshandlung kraft Aufsichtsrechts dar, also keine Vertretung des Mündels oder ein Rechtsgeschäft, weshalb die Vorschriften über Vornahme und Gültigkeit der Rechtsgeschäfte an sich nicht anwendbar sind<sup>25</sup>. Obwohl öffentlich-rechtlicher Akt, hat die Zustimmung doch zivilrechtliche Bedeutung<sup>26</sup>: Einerseits erweitert sie die Vertretungsmacht des Beistandes<sup>27</sup>, andererseits bildet sie einen unabdingbaren, perfektionierenden materiellrechtlichen Be-

16 A.M. Egger 421 N 6, 422 N 5.

17 Kaufmann 421 N 8.

18 ZVW 1 103 Nr. 30: öffentliche Beurkundung; vgl. SJZ 74 31 f.

19 ZVW 28 160 E 1: gegen diese blossе Meinungsäusserung wohl kein Rechtsmittel.

20 Egger 421 N 6 ff., 422 N 5; Kaufmann 421 N 5a, 8; ZVW 28 160 E 2; ZBI 34 651; SJZ 21 28 Nr. 6; vgl. BGE 59 II 103 f.

21 Zit. Anm. 20.

22 Egger 421 N 14, 422 N 5; ZVW 2 28; Knapp 73, 76; Zellweger 60; Hefti 195, 200 ff., 209 f.; Good 59 f.

23 Nach Kaufmann 421 N 6, 11a, 422 N 4 schriftlich, nach Egger 421 N 13 nur im Falle von ZGB 421 Ziff. 1.

24 Egger 421 N 10, 422 N 5; SJZ 19 232 Nr. 192.

25 Insbes. nicht Formvorschriften, Kaufmann 421 N 7.

26 Egger 424 N 1.

27 Egger 421 N 16, 422 N 5; Kaufmann 421 N 5, 422 N 4; vgl. von Tuhr/Peter 382; a.M. Knapp 74; Good 57 f.

standteil des Rechtsgeschäftes<sup>28</sup>, je aber nur in dem Umfange, als er der Behörde bei ihrer Überprüfung wenigstens erkennbar war<sup>29</sup>.

Die Funktion der vormundschaftlichen Behörde nach ZGB 419 ff. ist keine selbständige, diejenige des Beistands ersetzende. In erster Linie hat dieser handelnd aufzutreten; die Behörde stimmt bloss zu und kontrolliert. Der Beistand bleibt kraft Gesetzes Vertreter und die Behörde darf ihn nicht umgehen und an seiner Stelle handeln<sup>30</sup>. Die Vormundschaftsbehörde kann und muss allerdings nach allg. Regel einschreiten, wenn der Beistand seinen gesetzlichen Pflichten nicht nachkommt oder daran verhindert ist und dadurch vormundschaftliche Interessen gefährdet oder verletzt werden<sup>31</sup>.

## II. Formelles

Die Zustimmung geht von der Gesamtbehörde aus<sup>32</sup>. Sie kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen, wobei letzteres nicht leichthin anzunehmen ist und Kenntnis des Sachverhaltes bei allen Behördenmitgliedern voraussetzt. Die Zustimmung kann sodann zum voraus oder nachträglich<sup>33</sup> abgegeben werden. Die vorherige generelle Ermächtigung für bestimmte Handlungen kommt namentlich in Betracht bei Führung eines Geschäftes<sup>34</sup>, also auch für den Beistand der AG<sup>35</sup>.

Bei nachträglicher Zustimmung wird das Geschäft perfekt durch Mitteilung an den Partner, welche durch den Beistand oder auch die Behörde geschieht. Vor diesem Zeitpunkt kann diese die Zustimmung widerrufen — die Prozessvollmacht ist als Ausnahme jederzeit widerruflich<sup>36</sup>, weil sie kein Geschäft i.d.S. ist — oder auch der Beistand zurücktreten<sup>37</sup>.

28 Hefti 198 f.; Knapp 74; Good 57 f.

29 Egger 421 N 14, 422 N 5.

30 SJZ 22 25 Nr. 28, 37 42 f.: Nichtig ist der Klagerückzug der Vormundschaftsbehörde, wenn diese dem Vormund Prozessvollmacht erteilt hat, und die Intervention hat nur als Widerruf der Prozessvollmacht rechtlichen Bestand, 52 197 Nr. 107: Abweisung einer Rechtsmittel-erklärung durch Vertreter der Vormundschaftsbehörde; SJ 74 31; MBVR 54 435 Nr. 118; Egger 407 N 3, 421 N 12, 422 N 5; Kaufmann 407 N 28, 421 N 11; Good 57 f.; ZVW 10 115 Nr. 18; vgl. ZBGR 29 124 Nr. 53; ZR 24 365 f.; a.M. Hefti 196, 198 f.

31 Knapp 74 f., 82; ZVW 2 28; Curti 421 N 2; sehr zurückhaltend Kaufmann 421 N 11, der ein Eingreifen nach ZGB 392 Ziff. 2 f. selten und nach 386 I (hier Widerspruch zu 407 N 28) nie zulassen will; die Vormundschaftsbehörde habe sich auf Aufsicht zu beschränken, aber das bedeutet doch gerade Selbsthandeln in solchen Fällen.

32 BGE 80 II 19 f.

33 BGE 102 II 382 f.: Bei bedingungsfeindlichen Rechtsgeschäften, wie bei der Ausübung von Gestaltungsrechten, kann dies aber aus der Sicht des Vertragspartners u.U. ausgeschlossen sein; ZBI 38 86; Pfander 80; Good 59; Knapp 76; Zellweger 60; Kaufmann 421 N 25: ZGB 421 Ziff. 8 verlangt jedoch regelmässig vorherige Ermächtigung; vgl. § 41.

34 Hefti 203 ff.; Egger 421 N 12 f., 422 N 5: soweit sorgfältige Verwaltung dies zulässt; Kaufmann 419 N 5, 421 N 6 ff., 422 N 4; Curti 421 N 1, 422 N 1; ZBGR 31 276 Nr. 87.

35 Vgl. Egger 419 N 8; Schrott 92 f.; Trüeb 86 f., der aber Prozessführung ausnehmen will.

36 Vgl. ZVW 17 79 E 3; SJZ 37 42 f.

37 Egger 421 N 17 f., 422 N 5; Hefti 208; Knapp 77; vgl. von Tuhr/Peter 211; BGE 62 II 262 f.

Die behördliche Zustimmung als solche zwingt nämlich den Beistand grundsätzlich nicht, ein Geschäft abzuschliessen<sup>38</sup>, genausowenig wie sie ihn von seiner Verantwortlichkeit befreit<sup>39</sup>. Ist es aber zustande gekommen, so bedürfte eine Abänderung i.S. des bisher Ausgeführten wieder der Mitwirkung der vormundschaftlichen Behörde<sup>40</sup>. Willensmängel können hernach gemäss OR 23 ff. geltend gemacht werden, ob sie nun im Beistand oder der Behörde vorliegen<sup>41</sup>.

## § 40. ZGB 421 f.<sup>1</sup>

### A. Allgemeines

#### I. Rechtszuständigkeit und Tragweite

Das kantonale Recht bestimmt das Verfahren für die Mitwirkung der vormundschaftlichen Behörden nach ZGB 421 f. (ZGB 425 I)<sup>2</sup> innerhalb des hier beschriebenen bundesrechtlichen Rahmens.

Die Tragweite von ZGB 421 f. bestimmt sich nach den allg. Grundsätzen. Es kommt auf die ratio legis der einzelnen Klauseln an, wobei zu berücksichtigen ist, dass es sich um Ausnahmenvorschriften handelt. So gelten z.B. ZGB 421 Ziff. 8 nicht für Nachlassstundungen<sup>3</sup> und 422 Ziff. 3 nicht für den unentgeltlichen Erwerb eines Geschäftes, wohl aber bei einer Neugründung oder bei vollständiger Umwandlung und Übergang auf einen neuen Betriebsgegenstand.

ZGB 421 f. sind i.d.S. abschliessend. Die Rechtssicherheit verbietet, die Vertretungsmacht des Beistands in Fällen analog einzuschränken, denen gleiche wirtschaftliche Tragweite eignet<sup>4</sup>. Im übrigen wird aber zur Ergänzung von ZGB 421 f. auf 377, 398 III, 400 I, 401 I, 403 und 404 II/III hingewiesen<sup>5</sup>. Dem hält Hefti<sup>6</sup>

38 Knapp 77; Hefti 196.

39 Egger 421 N 6, 12, 422 N 5; BGE 52 II 324, 61 II 10 f. für das Verhältnis Aufsichtsbehörde/Vormundschaftsbehörde, unabhängig davon, ob Zustimmung erforderlich oder nicht; für Weisungen allg. vgl. BGE 68 II 360.

40 Hefti 208.

41 Egger 421 N 18, 422 N 5; Hefti 206; Knapp 77; a.M. von Tuhr/Peter 157, die für die Zustimmung auf den Beschwerdeweg verweisen; m.E. gehört aber die Zustimmung als materiell-rechtlicher Bestandteil des Rechtsgeschäftes und Ausweitung der Vertretungsmacht vor den Zivilrichter und nicht in ein Verwaltungsverfahren.

1 Das Nachstehende ist nur i.S. des in § 39. A. II. Ausgeführten für die Beistandschaft massgeblich.

2 Knapp 79; Egger 422 N 5; Kaufmann 422 N 5.

3 SJZ 39 110 f.; Kaufmann 421 N 13.

4 BGE 64 II 408; Zellweger 50; Curti 421 N 3, 422 N 4; Egger 421 N 5; Kaufmann 422 N 7; vgl. Hefti 197.

5 Knapp 78 f.; Egger 421 N 4 erwähnt einfach ZGB 398–404; Good 54; Curti 421 N 4; Kaufmann 421 N 13.

6 195, 211 ff.

für ZGB 400 und 403 f. entgegen, die Vormundschaftsbehörde habe zwar Weisungen zu erteilen, doch beträfen diese bloss das Innenverhältnis Vormundschaftsbehörde/Beistand und seien für die Verantwortlichkeit zu beachten; die Zustimmungsbedürftigkeit richte sich aber allein nach ZGB 421 f. (vgl. ZGB 400 und 421 Ziff. 2, 404 und 421 Ziff. 1, 403 und 422 Ziff. 3).

Für die Beistandschaft gibt es dazu folgendes zu bemerken: ZGB 419 hängt nicht von ZGB 421 f. ab und es kommt auf deren abschliessenden Charakter daher an sich nichts an. Bezüglich der Ergänzungen sind in der Tat ZGB 377 I und 400–404 m.E. nur im Rahmen von ZGB 421 f. bzw. 419 zu würdigen<sup>7</sup>, währenddem allerdings das öffentliche Inventar nach ZGB 398 III seine Wirkungen nur entfalten kann, wenn es von der Aufsichtsbehörde angeordnet wird.

## II. Rolle von Vormundschafts- und Aufsichtsbehörde

### 1. Gegenseitiges Verhältnis

Gesuche für Geschäfte nach ZGB 422 sind bei der Vormundschaftsbehörde zuhanden der Aufsichtsbehörde zu stellen oder auch direkt an die Aufsichtsbehörde, welche sich dann an die Vormundschaftsbehörde wendet. Diese hat die Angelegenheit zunächst sorgfältig zu prüfen.

Ihrem Beschluss kommt dann aber nur die Bedeutung eines Antrages an die Aufsichtsbehörde zu, der diese nicht bindet<sup>8</sup>. Aus diesem Grunde wird auch gesagt, die Aufsichtsbehörde könne von sich aus vorgehen, ohne die Vormundschaftsbehörde zu konsultieren<sup>9</sup>, setze sich aber wegen einer gewissen Überheblichkeit einer grösseren Verantwortlichkeit aus, da die Vormundschaftsbehörde die Verhältnisse besser kennen werde<sup>10</sup>. M.E. wegen des Instanzenverlustes ist dies jedoch nur zuzulassen, wenn bes. Gründe wie Dringlichkeit oder Aufsichtspflicht es gebieten<sup>11</sup>.

Der Vormundschaftsbehörde geht aber dann jegliche Zuständigkeit auch nach ZGB 421 ab, wenn sie sich in einem Interessenkonflikt befindet oder zufolge befangener Mitglieder die Beschlussfähigkeit verloren hat, etwa wenn die Vormundschaftsbehörde mit dem Gemeinderat identisch und die Gemeinde Vertragspartner oder Prozessgegner des Verbeiständeten ist<sup>12</sup> oder wenn gegen die Vor-

7 Vgl. I. Teil unter 4. Kapitel; § 37. A. II. 3. m), 4. d) und III. 2.

8 Egger 422 N 4 f.; Knapp 84.

9 Kaufmann 422 N 5; Curti 422 N 3; a.M. Egger 422 N 4; BGE 79 II 250 E 3.

10 Good 63.

11 Gl.M. Hefti 214 ff.; Zellweger 61; ZVW 24 5 f.

12 ZVW 3 149 Nr. 39, 8 35 E 1, 27 33 E 2a; MBVR 18 279 f., 58 251 E 2; Schrott 92; SJZ 21 110 Nr. 31: Vormundschaftsbehörde kann aber Zustimmung erteilen für Vertrag zwischen zwei Verbeiständeten unter ihrer Aufsicht; Egger 421 N 12; ZBGR 39 258 Nr. 39: kein Ausstand, wenn Vormundschaftsbehörde unabhängig ist von dem für die Gemeinde entscheidenden Organ.

mundschaftsbehörde eine Verantwortlichkeitsklage erhoben werden soll<sup>13</sup>. Im Falle von ZGB 404 erteilt dann aber nicht die obere Aufsichtsbehörde (es könnte ja eine solche auch fehlen) die Zustimmung nach Abs. III, denn der Artikel bezweckt nicht eine Entscheidungspaltung, sondern bloss eine Beschränkung der Vormundschaftsbehörde<sup>14</sup>.

## 2. Zweistufige Aufsichtsbehörde

Hier entscheidet das kantonale Recht, welche Instanz die Zuständigkeit nach ZGB 422 innehat. Im Zweifel ist es die untere Aufsichtsbehörde. In Frage kommt auch eine verschiedene Behandlung der einzelnen Fälle des Artikels<sup>15</sup>. Ist die obere Aufsichtsbehörde zuständig, so kann der unteren eine begutachtende Stellung eingeräumt werden<sup>16</sup>.

## 3. Zustandekommen eines Geschäftes

Nach einem Entscheid<sup>17</sup> ist die Genehmigung der Vormundschaftsbehörde nicht mehr mit Beschwerde anfechtbar. Eine redaktionelle Anmerkung<sup>18</sup> will das immerhin nur in Kantonen gelten lassen, die keine Ermessenskontrolle kennen. Den gleichen Gedanken enthält ein Entscheid<sup>19</sup>, der dem Käufer ein Rücktrittsrecht einräumt, wenn der Freihandverkauf einer Liegenschaft unter Vorbehalt der Genehmigung durch die erste Aufsichtsbehörde abgeschlossen wurde, diese aber nicht genehmigt und der Verkäufer nun an die zweite Aufsichtsbehörde rekurriert.

Hier wird m.E. verkannt, dass ein Entscheid der betreffenden Behörde insofern gar nicht vorliegt, als er zufolge Anfechtung oder Anfechtbarkeit mat. nicht in Rechtskraft erwachsen und deshalb ein Geschäft weder schon genehmigt noch bereits abgelehnt ist.

13 ZBl 21 140; Kaufmann 430 N 12; ZVW 6 33 f., der aber doch zunächst Angehen der Vormundschaftsbehörde verlangt.

14 ZVW 25 118 f.

15 Kaufmann 422 N 6; Egger 422 N 2; Curti 422 N 2.

16 Hefti 214; Zellweger 61.

17 ZVW 24 105.

18 L.c. 107.

19 ZVW 13 104 Nr. 22.

## B. *Angelegenheiten nach ZGB 421*

### I. *Ziffer 1*

Diese Vorschrift umfasst auch Tausch<sup>20</sup>, Einräumung von Kauf- und Vorkaufsrechten (ZGB 681 ff.) und deren Ausübung<sup>21</sup>, Vormerkungen (ZGB 959 ff.), Vorrangseinräumungen, Löschungsbewilligungen (ZGB 964), Teilung von Gemeinschaftsgut, an welchem der Verbeiständete teilhat<sup>22</sup>, sowie Verfügungen über dessen Eigentumsanteil, Schenkungen im Rahmen von ZGB 408<sup>23</sup> und endlich Verkauf von Aktien einer Immobiliengesellschaft, wenn der Verbeiständete Mehrheitsaktionär ist und durch den Verkauf diese Eigenschaft verlöre<sup>24</sup>. Nicht unter Ziff. 1 fallen Veräusserungen von Grundstücken einer AG, deren Gesellschafter der Verbeiständete ist<sup>25</sup>, wohl aber wegen der ratio legis Änderungen und teilweiser Verzicht auf dingliche Rechte<sup>26</sup>. Interessant, dass schon hier i.S. von Ziff. 2 gewöhnliche Verwaltung aus der Genehmigungspflicht entlassen wird<sup>27</sup>.

Der Genehmigung bedürfen sowohl obligatorisches Rechtsgeschäft als auch Anmeldung zum Grundbucheintrag, und die Grundbuchbehörde trifft unter Verantwortlichkeitsfolge (ZGB 955) eine diesbezügliche Prüfungspflicht (ZGB 965)<sup>28</sup>.

### II. *Ziffer 2 f.*

Was gewöhnliche Verwaltung ist, entscheiden jeweils die konkreten Umstände wie Vermögenslage, Notwendigkeit, Zweck und Nutzen der Handlungen usw., wobei im Interesse der Initiative des Beistandes und der Erleichterung des Verkehrs sich eine weitherzige Auffassung empfiehlt, insbes. auch bei Geschäftsführung<sup>29</sup>.

Ziff. 2 im speziellen beschlägt bewegliche Sachen, Wertpapiere, Forderungen oder andere Rechte<sup>30</sup>. Zur gewöhnlichen Verwaltung zählen hier etwa Kündigung

20 ZVW 2 70 Nr. 38.

21 BGE 102 II 379 E 2.

22 Vgl. § 37. A. II. 5. a).

23 ZVW 5 37 Nr. 28.

24 ZVW 32 160 Nr. 19; vgl. § 37. A. II. 5. a).

25 Egger 421 N 19.

26 A.M. mit Begründung aus dem Wortlaut SJZ 14 195 Nr. 53; Knapp 80 und Fritz Ostertag: Kommentar zum Schweizerischen ZGB, Band IV: Sachenrecht, III. Abteilung: Art. 919–977, 2. Auflage, Bern 1917, Exkurs zu 965 N 53, die aber alle Beachtung von Ziff. 2 bzw. Art. 408 verlangen.

27 Egger 421 N 19.

28 Knapp 79 f.; SJZ 14 195 Nr. 53; Egger 421 N 19, 21: Allenfalls muss die Vormundschaftsbehörde nach ZGB 975 vorgehen; Kaufmann 421 N 14; vgl. BGE 79 I 187 E 2.

29 Hefti 146 ff.; Good 56; Egger 421 N 24; Knapp 80 f., deren Äusserung jedoch, gutgläubige Dritte müssten geschützt werden, das Wesen von ZGB 421 f. verkennt.

30 Egger 421 N 22; ZBI 49 514 erwähnt eine Brennereikonzession, doch kann dies u.U. unter ZGB 422 Ziff. 3 fallen, vgl. hinten C. I.

und Einzug von Kapitalien, Erhöhung von Kapital- und Mietzinsen und dergleichen<sup>31</sup>, Verwendung der gewöhnlichen Früchte (Zinsen, Renten, Dividenden) des Vermögens – normalerweise zur Bestreitung der laufenden Ausgaben; stets genehmigungsbedürftig sind dagegen etwa Verfügungen über hinterlegte Wertpapiere (ZGB 399)<sup>32</sup>.

Ziff. 3 erfasst erhebliche Neu- und Umbauten und wohl auch Hauptreparaturen<sup>33</sup>.

### III. Ziffern 4–6

Bei der Gewährung von Darlehen sind die Anlagegrundsätze von ZGB 401 zu beachten; Aufnahmen, worunter auch Abzahlungskäufe fallen können<sup>34</sup>, dürfen nur bewilligt werden, wenn sie wirtschaftlich geboten sind, und keinesfalls zu spekulativen Zwecken<sup>35</sup>.

Verstösst der Beistand gegen Ziff. 5, so haftet er selbst nach OR 998<sup>36</sup>. Für die Anwendung dieser Vorschrift kommt auf die rechtliche Stellung als Aussteller, Akzeptant, Indossant, Wechselbürge (OR 1020, vgl. aber § 35. C. III. 2. a) oder Intervenant (OR 1054) im einzelnen nichts an<sup>37</sup>. Wie der Wechsel zu behandeln ist der Check (OR 1143) und konsequenterweise auch der Postcheck<sup>38</sup>.

Ziff. 6 meint Stellung auf beiden Vertragsseiten und betrifft alle Pachtarten, bei Mieten hingegen nur solche von Räumlichkeiten, wobei es sich nach dem französischen Text (*immeubles*) um Liegenschaften handeln muss<sup>39</sup>. Hefti<sup>40</sup> hält es für eine unzulässige Umgehung, die Zeitgrenzen in Ziff. 6 knapp zu unterschreiten und nachher die Verträge zu verlängern. Der Sinn der Vorschrift ist aber doch erfüllt, indem der Verbeiständete nie länger verpflichtet wird, als es der Kompetenz des Beistandes entspricht.

31 Kaufmann 421 N 15.

32 Hefti 148.

33 Egger 421 N 26 mit Verweis auf ZGB 764 und OR 263 II, 284 f.; a.M. bezüglich Hauptreparaturen Kaufmann 421 N 16.

34 A.M. SJZ 49 310 Nr. 123, weil dies nicht dem Willen des Gesetzes entspreche, was m.E. gerade nicht stimmt.

35 Egger 421 N 27 f. i.V.m. 395 N 62; BGE 52 II 321.

36 Knapp 81; Kaufmann 421 N 18, der für Geschäftsbetriebe generelle Ermächtigung erwähnt.

37 Curti 421 N 10 i.V.m. 395 N 17.

38 Egger 421 N 29 i.V.m. 395 N 65; BGE 67 III 98 f.

39 Kaufmann 421 N 19; a.M. diesbezüglich Egger 421 N 30 f., der auch Fahrnisbauten einbezieht.

40 209.

## IV. Ziffer 8

## 1. Prozessführung

a) *Allgemein*

Der Zustimmung bedürfen jede aktive oder passive Prozessführung im Verfahren der streitigen Gerichtsbarkeit, also z.B. auch die Rechtsöffnung<sup>41</sup> und Verwaltungsprozesse, namentlich Steuerprozesse<sup>42</sup>, nicht dagegen Schuldbetreibung<sup>43</sup> und einseitige Begehren vor Gericht, denen ohne Parteiverhandlung entsprochen wird (Begehren um provisorische Befehle, Konkurseröffnung usw.).

Unter den Begriff der Prozessführung fallen sodann alle möglichen Prozesshandlungen einschliesslich Klageanerkennung, -rückzug, Einlegung von Rechtsmitteln usw.<sup>44</sup>.

Die Behörde hat die Aussichten des Prozesses zu prüfen und wird bei Unsicherheit den endgültigen Entscheid auf ein späteres Stadium verschieben. Die Vormundschaftsbehörde muss zwar leichtfertiger Prozessführung begegnen, darf im Zweifelsfall aber nicht durch Zustimmungsverweigerung indirekt den mat. Entscheid selber treffen<sup>45</sup>. Aus dem Beschluss der Vormundschaftsbehörde soll sich der Umfang der Ermächtigung ergeben. Dieser kann beliebig eingeschränkt werden. Eine allg. Prozessvollmacht beurteilt sich nach kantonalem Prozessrecht. I. allg. schliesst eine vorbehaltlose Ermächtigung auch Weiterziehung ein<sup>46</sup> sowie die Befugnis zur Erteilung einer Prozessvollmacht, dagegen nicht einen Klagerückzug, denn die Zustimmung ist Auftrag zum Beharren auf einer Klage, und wenn schon der Vergleich eine eigene Zustimmung erfordert, so noch viel mehr Abstand von der Klage<sup>47</sup>.

Ohne behördliche Zustimmung bleiben Prozesshandlungen des Beistands unwirksam. Das Gericht darf auf diese nicht eintreten, und tut es dies trotzdem, ist der Prozess in entsprechendem Umfange ungültig<sup>48</sup>.

41 SJZ 12 335 Nr. 295, 35 201 Nr. 134; Zellweger 67.

42 Egger 421 N 34; MBVR 69 353 E 2; vgl. ZR 24 255 Nr. 126; Paul Meerwein in ZSR 43 462 bezeichnet letzteres als interpretative Abweichung vom Gesetzestext.

43 Vgl. BGE 42 III 260 f., 40 III 268 f.

44 Kaufmann 421 N 22 f. i.V.m. 395 N 56; Curti 421 N 14 i.V.m. 395 N 9.

45 ZVW 27 91 E 1; MBVR 35 140 Nr. 87; Kaufmann 421 N 25 f.: Verweigerung für beklagten Verbeiständeten bedeutet Klageanerkennung; vgl. ZVW 17 77 E 1.

46 Vgl. ZBGR 31 42 Nr. 19; a.M. der sehr restriktive ZVW 2 112 Nr. 51.

47 Kaufmann 421 N 22; Zellweger 67; ZR 15 65 Nr. 40.

48 Egger 421 N 35 f.; ZVW 2 33 Nr. 18; ZBJV 83 454 f.; MBVR 69 253 E 2; ZR 30 186 Nr. 98 E 2.

## b) Verantwortlichkeitsprozesse

ZGB 430 II schliesst 421 Ziff. 8 nicht aus, doch ist gerade wegen jener Vorschrift grösste Zurückhaltung zu üben und die Zustimmung nur bei Aussichtslosigkeit, reiner Schikane oder Trölerei zu verweigern<sup>49</sup>. Dies hat die verweigernde Behörde darzutun und der Kläger muss nicht schon sämtliche Angriffsmittel angeben, denn der Gegner könnte durch Akteneinsicht prozesstaktische Vorteile gewinnen. Der Kläger darf im Prozess dann nur nicht gerade die Klage ändern<sup>50</sup>.

## 2. Vergleich, Nachlass- und Schiedsvertrag

Umstritten ist, ob unter Vergleich nur der gerichtliche<sup>51</sup> oder auch der aussergerichtliche<sup>52</sup> zu verstehen ist. Liegt der Sinn von ZGB 421 Ziff. 8 darin, nur Handlungen mit prozessrechtlichen Wirkungen und deren materiellrechtlichen Reflex<sup>53</sup> der Genehmigung zu unterstellen, so wird die Bestimmung den aussergerichtlichen Vergleich nicht erfassen. Es griffe allenfalls Ziff. 2 ein. Umgekehrt liesse sich argumentieren, der gerichtliche Vergleich hätte dann neben der Prozessführung nicht eigens erwähnt zu werden brauchen. Das gleiche Problem stellt sich übrigens beim Nachlassvertrag.

Um keinen Vergleich handelt es sich jedenfalls, wenn der Anspruch eines Gläubigers vorbehaltlos oder unter Bewilligung eines Abzuges anerkannt wird oder der Beistand Nach- oder Strafsteuerforderungen des Fiskus gelten lässt<sup>54</sup>.

Nachlassvertrag meint den gerichtlichen (SchKG 293 ff., 316a ff.) und nach der Lit. auch den aussergerichtlichen (Kollektiv-)Nachlassvertrag in oder ausser Konkurs auf Gläubiger- oder Schuldnerseite. Nicht erfasst sind der einzelne Erlass- oder Stundungsvertrag zwischen einem Gläubiger und einem Schuldner sowie das Begehren um Not- oder Nachlassstundung<sup>55</sup>. Formulärmässige Schiedsvertragsvereinbarungen in Miet- und Anstellungsverträgen schliesslich subsumiert Egger interessanterweise unter die gewöhnliche Verwaltung gemäss ZGB 421 Ziff. 2<sup>56</sup>.

49 Kaufmann 430 N 12; ZBl 21 140; ZVW 20 38 E II.

50 ZVW 17 76 f.

51 So BGE 64 II 409 E 1.

52 So Zellweger 67; ZBGR 31 42 Nr. 19; Kaufmann 421 N 27.

53 Zum Unterschied gerichtlicher/aussergerichtlicher Vergleich und den verschiedenen Wirkungen vgl. Kummer (zit. § 27. Anm. 1) 147 f.; Walder 254 f., 275 f.; Guldener 621, 618 Anm. 13c, 393 ff.

54 SJZ 25 200 Nr. 136; Egger 421 N 37; vgl. ders. N 35 und MBVR 35 140 Nr. 87 zur Alternative Weiterziehung/Vergleichsannahme.

55 Egger 421 N 39; Kaufmann 421 N 29; Curti 421 N 15; SJZ 39 110 f.

56 N 38; a.M. wohl Kaufmann 421 N 28.

### 3. Vorbehalte

In dringenden Fällen kann und muss der Beistand vorläufige Verfügungen z.B. zur Fristwahrung von sich aus vornehmen. Sie dürfen allerdings den Sachentscheid der Vormundschaftsbehörde nicht präjudizieren und bedürfen deren nachträglicher Genehmigung<sup>57</sup>.

Nach einem interessanten Entscheid<sup>58</sup> sodann findet ZGB 421 Ziff. 8 in dem Masse überhaupt keine Anwendung, als es um Handlungen des Beistandes bezüglich Rechten geht, die – vom Verbeiständeten vorgenommen – unter ZGB 19 II fielen. Ich möchte dies indessen zumindest wegen der Abstraktheit der korporativen Persönlichkeit bezweifeln.

### V. Ziffern 10 und 14

Wie in § 39. A. II. 1. festgestellt, schliesst m.E. OR 725 die Anwendung von Ziff. 10 aus (vgl. SchKG 191 f.). Liegen aber die Voraussetzungen von OR 725 nicht vor, so bedeutet eine Insolvenzerklärung Einleitung der Liquidation und fiele dann unter ZGB 422 Ziff. 3. Nur i.d.S. wäre eine Konkurseröffnung wegen mangelnder Zustimmung der vormundschaftlichen Behörden aufzuheben<sup>59</sup>. Zu Ziff. 14 vgl. I. Teil unter 4. Kapitel.

## C. Angelegenheiten nach ZGB 422

### I. Ziffer 3

Unter Geschäft ist ein aus Aktiven und Passiven zusammengesetzter, bereits bestehender Betrieb (etwa ein Handelsgeschäft, Gewerbe oder Industriebetrieb) zu verstehen<sup>60</sup>, unter Gesellschaften mit persönlicher Haftung die einfache Gesellschaft (OR 544 III) und die Genossenschaft mit unbeschränkter Haftung oder unbeschränkter Nachschusspflicht (OR 869, 871)<sup>61</sup>, dagegen nicht diejenige mit beschränkter Haftung oder beschränkter Nachschusspflicht (OR 870 f., 874, 889)

57 Egger 421 N 34; Kaufmann 421 N 25; Curti 421 N 16; Hefti 203; Zellweger 67.

58 AGVE 1955 168.

59 Vgl. ZBGR 26 310 Nr. 127; ferner ZVW 4 145 Nr. 55; Egger 421 N 43; Kaufmann 421 N 33; Curti 421 N 19.

60 Vgl. Rossel/Mentha I 583.

61 Curti 422 N 12; Egger 422 N 10.

und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (OR 802 f., 784 III)<sup>62</sup>, weil m.E. persönliche Haftung nichts anderes als unbeschränkte bedeuten kann, und mithin ebensowenig die Kommandit-(Aktien-)Gesellschaft (OR 594, 764), die AG (OR 680) und schliesslich die "gewöhnliche" Genossenschaft (OR 868). In diesen Fällen begrenzter Haftung kommt es auf die Kapitalbeteiligung an. Für deren Erheblichkeit muss auf die Relation zum Vermögen des Verbeiständeten einerseits und dem Gesellschaftskapital anderseits<sup>63</sup> abgestellt werden, dagegen nicht auf die absolute Höhe des Betrags<sup>64</sup>. Die Bedeutung der Gesellschaft und das Risiko der Anlage sind zwar gewiss von der Aufsichtsbehörde zu prüfen, jedoch nicht eine Frage der Erheblichkeit<sup>64</sup>. Liegt keine Erheblichkeit i.S. von ZGB 422 vor, ist allenfalls die Vormundschaftsbehörde nach 421 Ziff. 2/4 bzw. 419 II zuständig<sup>65</sup>.

Weil ZGB 422 Ziff. 3 nur vom Eintritt in eine Gesellschaft spricht, hält Curti<sup>66</sup> diese Vorschrift auf den Austritt für nicht anwendbar. Das kann aber nicht gelten, wenn der Austritt einer Geschäftsliquidation gleichkommt, d.h. wenn eine Mehrheitsbeteiligung oder die Beherrschung einer Gesellschaft aufgegeben wird.

## II. Ziffer 7

Probleme bereitet hier v.a. das Verhältnis zu ZGB 392 Ziff. 2. Die beiden Vorschriften decken sich insofern nicht, als einerseits der Beistand sich auch im Interessenkonflikt befinden kann, ohne persönlich Vertragspartner des Verbeiständeten zu sein<sup>67</sup>, und andererseits nicht jeder Vertrag des Beistands mit dem Verbeiständeten einen Interessenkonflikt beinhalten muss.

Liegt aber bei Selbstkontrahieren des Beistands ein Interessenkonflikt vor, so muss die Vormundschaftsbehörde nach ZGB 392 Ziff. 2 einen Ersatzbeistand ernennen. Die h.M. verlangt prinzipiell zusätzlich Zustimmung der Aufsichtsbehörde zum vom Ersatzbeistand für den Verbeiständeten mit dem Beistand abgeschlossenen Vertrag<sup>68</sup>, währenddem nach einer Minderheit richtigerweise die Anwendung von ZGB 392 Ziff. 2 diejenige von 422 Ziff. 7 ausschliesst<sup>69</sup>, denn die Interessenkol-

62 A.M. die in Anm. 61 zit. Autoren und A. Janggen/H. Becker: Kommentar zum Schweizerischen ZGB, OR, Band VII, 3. Abteilung: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772–827), Bern 1939, 772 N 11.

63 Egger 422 N 11; Curti 422 N 13.

64 A.M. die in Anm. 63 zit. Kommentatoren.

65 Kaufmann 422 N 11 f.; Disler 50 ff.

66 422 N 11.

67 Vgl. Zellweger 56.

68 Kaufmann 422 N 20; Curti 422 N 17; Pfander 36 f.; Egger 392 N 27, 422 N 18; von Tuhr/Peter 383 f. und Anm. 22a; Knapp 87; Lecoultré 47.

69 Hefti 98; so wenigstens für Bagatellsachen Pfander 37; Kaufmann 422 N 21 und Zellweger 55 mit dem Zusatz, dass Übervorteilung des Verbeiständeten ausgeschlossen sei; vgl. Egger 422 N 19; Zellweger 56 will im übrigen immerhin nur dem Verbeiständeten Berufung auf den Mangel einer Zustimmung nach ZGB 422 Ziff. 7 zugestehen.

lision, die letztere Vorschrift im Auge hat, besteht nach Einschaltung des Ersatzbeistandes gerade nicht mehr. Deshalb wird man auch umgekehrt sagen dürfen, dass die Anwendung von ZGB 422 Ziff. 7 Ernennung eines Ersatzbeistandes überflüssig macht, weil der Vertrag ja sowohl von Vormundschaftsbehörde als auch Aufsichtsbehörde auf Wahrung der Interessen des Verbeiständeten untersucht wird<sup>70</sup>.

Für das Zustimmungserfordernis nach ZGB 422 Ziff. 7 hat die ökonomische Tragweite an sich keine Bedeutung<sup>71</sup>. Die Vorschrift passt aber so wenig wie ZGB 392 Ziff. 2 auf Verträge, die dem Verbeiständeten nur Vorteile bringen, weil sie offensichtlich nur diesen und nicht den Beistand schützen will<sup>72</sup>.

## § 41. ZGB 424

### A. Tragweite und Verweisung

ZGB 424 bezieht sich auf 421 f.<sup>1</sup>, d.h. für uns auf ZGB 419 II, und verweist selbst auf Art. 410 f. Egger will dabei unter Geschäften nur rechtsgeschäftliche Vorgänge, insbes. Vertragsabschlüsse, verstehen<sup>2</sup>. Für Angelegenheiten nach ZGB 421 Ziff. 8, 10 und 14 kann jedoch das Fristansetzungsverfahren von Art. 410 II durchaus analog angewendet werden<sup>3</sup> und es dürften die Handlungen des Beistandes zumindest gültig bleiben, wenn sie vor ihrer Aufhebung genehmigt werden<sup>4</sup>.

Zuständigkeit i.S. von ZGB 424 bedeutet für Egger<sup>5</sup> nur die sachliche, für Hefti<sup>6</sup> zusätzlich die örtliche. M.E. gilt hier der Grundsatz von Treu und Glauben. Man wird gewiss nicht irgendeine örtliche Behörde angehen können, die Zustimmung einer anscheinend für die Beistandschaft zuständigen Behörde aber für gültig ansehen.

70 Gleiches Resultat für Bagatellfälle, die Übervorteilung des Verbeiständeten ausschliessen, bei Kaufmann 422 N 21 und Zellweger 55 f., der übrigens fälschlicherweise wiederum dem Verbeiständeten das Recht einräumt, den Mangel einer Beobachtung von ZGB 392 Ziff. 2 geltend zu machen, denn Nichtbeachtung dieser Vorschrift macht hier noch weniger als sonst ein Rechtsgeschäft ungültig, vgl. § 35. C. VII. 2.

71 Hefti 98; Kaufmann 422 N 20; Curti 422 N 17.

72 BGE 59 II 112 f.; Egger 421 N 5, 422 N 19; Zellweger 55; a.M. Knapp 87.

1 Kaufmann 424 N 1; Curti 424 N 1 f.

2 424 N 1; er zählt in 422 N 3 dann aber unkonsequent Ziff. 7 nicht mit.

3 Vgl. Georg Leuch: Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Kommentar, 3. Auflage, Bern 1956, 35 N 5 und ZBJV 97 272 für Prozess; Jaeger 67 N 5 für Betreibung, wonach der Schuldner Genehmigung verlangen kann.

4 Kaufmann 424 N 1, 4 f.; BGE 63 III 43.

5 421 N 11, 422 N 5; vgl. BGE 81 II 421 f.

6 199 f.

## B. ZGB 410 II (OR 38)

### I. Frist

Vor Fristablauf gemäss dieser Vorschrift ist ein Geschäft noch nicht nichtig<sup>7</sup>, sondern in der Schwebe<sup>8</sup>, d.h. für den Verbeiständeten einseitig unverbindlich<sup>9</sup>.

Die Frist muss gegenüber der zuständigen Behörde angesetzt werden. Sie beginnt nicht zu laufen, wenn damit nicht der gesamte Inhalt eines Rechtsgeschäftes mitgeteilt wird. Über die Angemessenheit der Frist entscheidet die Zeit, welche die Behörde für einen sachgemässen Entschluss benötigt. Ist die privat angesetzte Frist zu kurz, worüber allenfalls der Richter im o. Verfahren befindet, tritt Wirkung erst mit Ablauf einer angemessenen Frist ein<sup>10</sup>. Für die gerichtliche Fristansetzung ist der Richter am Wohnsitz des Verbeiständeten und nicht des Beistands oder der vormundschaftlichen Behörde zuständig. Sein Entscheid unterliegt dem Weiterzug nach kantonalem Prozessrecht<sup>11</sup>. Im übrigen besteht ein Streit darüber, ob die Angemessenheit der richterlichen Frist vom o. Richter nachgeprüft werden kann<sup>12</sup>.

### II. Entscheid

Der Schwebezustand wird auf alle Fälle durch Mitteilung des Entscheides beendet.

#### 1. Positiv

Die Genehmigung hat innert Frist ausdrücklich oder stillschweigend<sup>13</sup> dem Gegenkontrahenten gegenüber zu erfolgen. Es kommt ihr – wie auch der Verweigerung – rückwirkende Kraft zu, doch bleiben Rechte Dritter vorbehalten, die sie inzwischen

7 Insofern unpräzis Curti 421 N 4, 422 N 5; ZBGR 31 275 f.; Knapp 75, 81; Good 56; Hefti 210.

8 Egger 410 N 21, 421 N 16, 422 N 3 und 5; BGE 54 II 437, 102 II 382 E 4a; von Tuhr/Peter 211.

9 Kaufmann 424 N 4; Good 58; Hefti 207; Curti 410 N 10; a.M. Egger 410 N 21 und ZVW 10 75 E 1, nach denen auch für den Dritten keine respektive für beide Parteien eine Verbindlichkeit besteht; der Ausdruck einseitige Unverbindlichkeit heisst aber doch nur, dass bloss eine Partei das Schicksal eines Rechtsgeschäftes in der Hand hat.

10 Curti 410 N 11, 13, 16; Kaufmann 410 N 10; Egger 410 N 17; von Tuhr/Peter 229 Anm. 41 mit Zit.

11 Kaufmann 410 N 12 f.; Egger 410 N 18; Curti 410 N 14; vgl. von Tuhr/Escher 150.

12 Befürwortend Egger 410 N 18 mit Zit.; von Tuhr/Escher 150; ablehnend Kaufmann 410 N 12; Curti 410 N 15; Bucher 324 Anm. 124; nach Becker 107 N 29 ist dies eine Frage des kantonalen Prozessrechts.

13 A.M. Curti 410 N 12, wonach Stillschweigen immer als Nichtgenehmigung gilt.

erworben haben. Die Genehmigung kann natürlich auch der wieder handlungsfähige Verbeiständete aussprechen<sup>14</sup>, und zwar nach neuerer Lehre formlos, da kein Grund besteht, diesen Fall anders zu behandeln als etwa denjenigen von ZGB 410 I (oder OR 38), es sei denn, das Gesetz verlange zum Schutz des Vollmachtgebers eine Form (so OR 493 VI)<sup>15</sup>.

## 2. Negativ (ZGB 411/OR 39)

Erfolgt eine Ablehnung während oder sonst keine Genehmigung innert Frist, so ist das Geschäft unwirksam und es gibt keinen Gutglaubensschutz des Vertragspartners, sondern es treten die Folgen von ZGB 411/OR 39 ein<sup>16</sup>. Allerdings bleibt ein Bürge haftbar, der bei Eingehung seiner Verpflichtung um das einstweilige Fehlen der Zustimmung wusste (OR 492 III)<sup>17</sup>. Bei lediglich quantitativer Überschreitung der Vertretungsmacht durch den Beistand nimmt Hefti<sup>18</sup> grundsätzlich Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäftes an, es sei denn, der Dritte gebe sich mit dem gedeckten Teil zufrieden. M.E. muss hier aber OR 20 analog angewendet werden, wonach es auf beide Vertragsseiten ankommt. Die vollzogenen Leistungen können nun in natura mit Eigentums-<sup>19</sup> oder Bereicherungsklage zurückgefordert werden<sup>20</sup>. Bezüglich des Umfangs der Erstattungspflicht wird einerseits gesagt, sie gehe beim Partner auf volle Rückleistung und beim Verbeiständeten nur auf die Bereicherung<sup>21</sup>, andererseits aber, sie richte sich für den Partner nach OR 64 und für den Verbeiständeten nach ZGB 411<sup>22</sup>. Die letztere Fassung ist m.E. die exakte, kann doch der Vertragspartner auch innerhalb ZGB 411 nicht zu einer Mehrleistung gegenüber OR 64 verhalten werden und stellt die Rückgabepflicht des Verbeiständeten nach ZGB 411 gegenüber OR 64 ein Minus dar, indem die Leistung des Dritten zu Nutzen des Verbeiständeten verwendet oder nicht bloss bösgläubig, sondern absichtlich entäussert worden sein muss. Die obligatorische Klage wird

14 Egger 410 N 19 und 21, 421 N 18; Kaufmann 410 N 9 f.; SJ 90 499 f.; BGE 51 II 249 f., 82 II 173 Nr. 25 für Prozessrecht, 87 III 32 E 4; Knapp 76; ZVW 10 75 E 1; Hefti 207 f.; Zellweger 60 f.; vgl. Dorothea Henauer: Entmündigung und Schutz des gutgläubigen Dritten, in: ZVW 6 1 ff., 2.

15 von Tuhr/Peter 153 Anm. 71, 211 f.; BGE 75 II 340 ff., a.M. noch 54 II 83; Egger 410 N 19.

16 Kaufmann 410 N 4 und 10, 411 N 3; Good 59; BGE 80 II 20 E 2; vgl. die in Anm. 7 zit. Autoren.

17 Egger 410 N 22, 411 N 1 und 5, 421 N 16, 422 N 3 und 5.

18 210 f.

19 A.M. Curti 411 N 2.

20 Egger 411 N 2; nach von Tuhr/Peter 212 f. Anm. 49 und 521 mit Zit. ist der Bereicherungsanspruch subsidiär.

21 Egger 411 N 3; Kaufmann 411 N 4 f.; Bucher 606; vgl. Hefti 210; Good 59.

22 von Tuhr/Peter 213; Henauer l.c.

für beide Parteien nach OR 67 und nicht 127 verjähren<sup>23</sup>, da es sich hier auf beiden Seiten der Natur nach um einen Bereicherungsanspruch handelt.

Für den böswilligen Beistand hat der Verbeiständete übrigens analog OR 101 einzustehen<sup>24</sup>.

Für Schaden des Verbeiständeten haftet der Beistand nach ZGB 413/426, für Schaden des Dritten nach OR 39<sup>25</sup> und nicht nach ZGB 411 II, denn diese Vorschrift soll den Verbeiständeten und nicht den Beistand schützen und auch ZGB 424 spricht nur von Wirkungen für den Verbeiständeten.

### 3. Kapitel

#### Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe

Die Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe ist disziplinarischer, strafrechtlicher und zivilrechtlicher Natur<sup>1</sup>. Die nachfolgenden Ausführungen befassen sich nur mit letzterer. Disziplinarische Massnahmen kommen in § 49. B. II. 2. zur Sprache und beamtenrechtliches Vorgehen gegen die vormundschaftlichen Behörden interessiert hier nicht. Bezüglich strafrechtlicher Sanktionen ist etwa an StGB 53, 159, 292 und die bei Forstmoser<sup>2</sup> erwähnten, m.E. auch hier geltenden, speziell handelsrechtlichen Delikte der Geschäftsführer zu denken<sup>3</sup>.

#### § 42. Grundlage (ZGB 426)

##### A. Anwendbares Recht

Aufgrund von ZGB 367 III gelten für die Beistandschaft Art. 426 ff.<sup>1</sup> und 454 ff.<sup>2</sup>. Schroff<sup>3</sup> lehnt daneben eine Heranziehung von OR 752 ff. ab, währenddem Forst-

23 A.M. Bucher 254 Anm. 35, 642.

24 von Tuhr/Peter 427 Anm. 4, 511 Anm. 48; Henauer l.c.

25 Good 56, 59, 74; Hefti 210; Knapp 75; Egger 426 N 16.

1 Disler 70.

2 169 ff. N 676 ff.

3 Egger 426 N 15 macht auch auf das Antragsrecht (StGB 28) aufmerksam; er erwähnt ferner StGB 314, welcher aber für den Beistand nicht in Frage kommt (vgl. § 35. A. I.), und kantonales Strafrecht, doch haben wir solches ausgeschlossen, vgl. § 32. B. IV. 3. c).

1 Egger 426 N 6; Lüscher 65; Zellweger 74; Delessert 85; Ezgü 41; ZR 76 258 E II 1; Trüeb 93; Portmann 32; Kaufmann vor 426 N 4; BGE 70 II 80 E 1, 68 II 357, 59 II 105 E 2; Curti 426 N 1; Knapp 161; Gautschi, Haftung 465; Kaufmann, Beistandschaft 49.

2 ZVW 11 113 Nr. 30.

3 108.

moser<sup>4</sup> richtigerweise zumindest in der Frage der Pflichtverletzung durch den Beistand auch auf aktienrechtliche Normen abstellt, denn die Sorgfaltspflicht erscheint relativ in dem Sinne, als sie sich nach dem zu verwaltenden Vermögen bestimmt. Im übrigen soll die Frage der Anwendung von Aktienrecht im folgenden jeweils an Ort und Stelle beantwortet werden.

Die vormundschaftliche Haftung ist keine vertragliche, da es an einem Vertrag gebricht; vielmehr handelt es sich um eine bes. Art ausservertraglicher Haftung (OR 41 ff.), so dass jeweilen der Verschuldensbeweis angetreten werden muss (vgl. dagegen OR 97 I)<sup>5</sup>. Das Bundesrecht regelt die vormundschaftliche Verantwortlichkeit zwingend und abschliessend, so dass für kantonale Gesetze nach OR 61 I kein Raum bleibt<sup>6</sup>, vorbehaltlich ZGB 427 II und der Ordnung des gerichtlichen Verfahrens unter Berücksichtigung von ZGB 430 II<sup>7</sup>.

## *B. Voraussetzungen der Verantwortlichkeit*

Wie bei OR 41, so bilden auch hier Widerrechtlichkeit (d.h. Pflichtverletzung), Verschulden, Schaden und adäquater Kausalzusammenhang Voraussetzung der Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe und Beweisthema des Klägers<sup>8</sup>. Wichtig ist für alle Punkte, dass sie aus den jeweiligen zeitlichen Umständen heraus beurteilt werden und nicht aus besserem nachträglichem Wissen<sup>9</sup>. Die spezielle, hier beschriebene Verantwortlichkeit bedingt zudem immer Handeln in vormundschaftlicher Funktion. Ansonsten gilt OR 41<sup>10</sup>.

### **I. Verletzung einer Sorgfaltspflicht**

#### **1. Bestimmung der Sorgfaltspflicht allgemein**

Sorgfaltspflichten ergeben sich aus Gesetz, Weisungen oder allg. aus den jeweiligen Umständen und betreffen positives Tun so gut wie Unterlassungen. Für den Bei-

4 135 N 521.

5 Vgl. Forstmoser 45 ff. N 108 ff., nach welchem diese Frage wegen des objektivierten Verschuldensmassstabes oft keine entscheidende Rolle spielt.

6 Knapp 156 f.; Disler 70; Hess 81.

7 Kaufmann vor 426 N 3; Zellweger 14; Lüscher 120; Egger 426 N 11, 42: unzulässig auch Verzicht auf Ansprüche zum vornherein; vgl. Forstmoser 116 f., der statutarische Verschärfung der Haftpflicht erwähnt, was wegen der Amtspflicht für den Beistand ohne Folgen bleiben muss.

8 Disler 71; Curti 426 N 6; Kaufmann 426 N 5, 6a.

9 Egger 426 N 19a, 31, 42; Disler 76; BGE 61 II 210; SJZ 18 74.

10 Egger 426 N 10; Ezgü 11; Knapp 173; Forstmoser 117 N 450.

stand ist hier zu denken an die Übernahme- und Anlagevorschriften in ZGB 398 ff., das Verbot von ZGB 408, die Berichterstattungspflicht von ZGB 413 II, das Einholen behördlicher Genehmigungen nach ZGB 419 II, sodann je nachdem an OR 722 ff., 728 ff., 742 ff. und das allg. Gebot, die Interessen des Verbeiständeten zu wahren (ZGB 413 I)<sup>11</sup>, für die Vormundschaftsbehörde an ihre Funktionen bei Wahl des Beistands (bes. ZGB 379 und 384), die vorläufige Fürsorge nach ZGB 386, ihre Mitwirkung bei ZGB 398 ff., 419 II, 423, ihre Tätigkeit im Beschwerdeverfahren (ZGB 420), Vorgehen nach ZGB 445 ff. und ihre allg. Aufsichts- und Weisungspflicht<sup>12</sup>, für die Aufsichtsbehörde schliesslich an ihre Obliegenheiten gemäss ZGB 398 III, 404 III, 420, 422 f. und ihre allg. Aufsichts- und Weisungspflicht<sup>13</sup>.

## 2. Aufsichtsrecht

### a) *Freiwillige Mitwirkung*

Die vormundschaftlichen Behörden dürfen es ablehnen, sich mit Angelegenheiten abzugeben, die ihre Mitwirkung nicht erfordern. Erteilen sie aber trotzdem Ratschläge und Weisungen, können sie gemäss BGer. daraus haftbar werden<sup>14</sup>. Etwas später hat das BGer. aber eine Aufsichtsbehörde entlastet, die irrtümlicherweise meinte, ein Vertrag, der schon durch Genehmigung der Vormundschaftsbehörde perfekt geworden war, bedürfe ihrer Zustimmung, obwohl ein Schaden durch Nichtzustimmung hätte verhindert werden können; denn die Aufsichtsbehörde sei zu einer Einsprache weder verpflichtet noch berechtigt<sup>15</sup>. M.E. widerspricht dies der Idee der Aufsichtspflicht, die bei drohendem Schaden ein Eingreifen rechtfertigt und verlangt<sup>16</sup>.

11 Egger 426 N 19a ff.; Kaufmann 426 N 6 f., 10 f.; Delessert 38, 51 ff.; Junod 42 ff.; Lüscher 65, 68, 79; Zellweger 32; BGE 52 II 323; Knapp 165 f.; Disler 71 f.; Good 62, 73; Ezgü 19 f.; Bachtler, Verantwortlichkeit 81; Hess 83; Gautschi, Haftung 467 f.; vgl. Curti 426 N 4; Forstmoser 57 ff. N 175 ff., 136 ff. N 526 ff. (Verwaltung), 141 f. N 557 ff. (Kontrollstelle), 167 N 672 ff. (Liquidatoren); BGE 99 II 179 ff.

12 Egger 426 N 43 ff.; Good 81; Kaufmann 426 N 9, 401 N 14; BGE 74 II 79 E 3, 59 II 104 f. und 108 E 5, 52 II 320; Delessert 40 ff.; Hefti 166 f.

13 Hefti 241; Good 63; vgl. Egger 426 N 48 ff.; Lüscher 95 f.

14 BGE 61 II 10 f.; Streit 57; Egger 426 N 50.

15 BGE 68 II 362 E II 4; zust. Egger 426 N 50; Knapp 171; Jenny 121 Anm. 1; Lüscher 90: ausgenommen Arglist und ausdrückliche Haftungsübernahme.

16 Gl.M. Delessert 39 f., 69 f.

b) *Unmassgeblichkeit von Zustimmungen und Weisungen*

Ebensowenig wie der Beistand durch die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde, wird die Vormundschaftsbehörde durch diejenige der Aufsichtsbehörde von der Haftung befreit, und zwar gilt das für die Fälle der gesetzlich vorbehaltenen Zustimmung wie auch für die übrigen<sup>17</sup>.

Eine Entlastung findet einmal unzweifelhaft dann nicht statt, wenn eine Weisung auf einem schuldhaft unrichtig erstatteten Bericht beruht<sup>18</sup>. Aber auch sonst dürfen Weisungen nicht blindlings befolgt werden, sondern sind auf ihre Übereinstimmung mit den Interessen des Verbeiständeten zu untersuchen. Gegebenenfalls haben die vormundschaftlichen Organe Beschwerde zu erheben, Wiedererwägung zu verlangen oder Gegenvorstellungen zu machen<sup>19</sup>. Und selbst wenn z.B. bei der Vorbereitung eines Vertrages faktisch die Rollen von Vormundschaftsbehörde und Beistand vertauscht werden und der fertige Vertrag dem Beistand zur Unterzeichnung vorgelegt wird, muss dieser den Vertrag überprüfen<sup>20</sup>. Ein vormundschaftliches Organ darf es aber wohl beim Beschluss der vorgesetzten Behörde bewenden lassen, falls diese ihren abweichenden Standpunkt genügend begründet hat<sup>21</sup> oder — dies aber nur mit Einschränkungen — disziplinarisch vorzugehen beginnt<sup>22</sup>.

Umgekehrt entlastet es eine vormundschaftliche Behörde nicht, wenn ihre Weisungen befolgt werden, Nichtbefolgung aber einen Schaden verhindert oder vermindert hätte<sup>23</sup>.

## II. Verschulden

ZGB 426 statuiert eine Haftung für jedes, auch für leichtes Verschulden<sup>24</sup>. Der Massstab ist dabei nicht *diligentia quam in suis*, sondern nach verschiedener Umschreibung die Sorgfalt eines guten Hausvaters<sup>25</sup> bzw. hier sinnvoller diejenige

17 BGE 52 II 324, 61 II 10 f., 74 II 79 E 3; Egger 428 N 5, 429 N 1; a.M. Delessert 70.

18 Lüscher 71, 79.

19 Good 62 f.; SJZ 36 126 Nr. 89; Streit 58; Junod 44, 58: Das gilt auch gegenüber bestimmten Gesetzesvorschriften; Zellweger 84; Gautschi, Haftung 504 will einem abhängigen Gemeindebeamten nicht zumuten, gegen seine Wahl- und Aufsichtsbehörde Beschwerde zu führen, m.E. eine eher brenzlige Ansicht.

20 BGE 68 II 360; Ezgü 45.

21 Kaufmann 426 N 18 f.

22 Knapp 167 f.; Disler 75, 79.

23 BGE 59 II 104 f.; Egger 426 N 21 ff., 45; Ezgü 44.

24 Bachtler, Verantwortlichkeit 89; vgl. SJZ 29 87.

25 Kaufmann 426 N 5 f.; Curti 426 N 4, 9; Ezgü 13, 18, 21 f.; ZVW 16 73; BGE 52 II 321 f.; Lüscher 37 f.; Good 25, 71; Hefti 149; für strengere Haftung Knapp 161 f.; Delessert 37 f.: *diligence de degré élevé*.

eines guten Verwalters<sup>26</sup>, wie sie die allg. im Rechtsverkehr herrschende Sitte fordert<sup>27</sup> und wie sie normalerweise von einem verständigen Menschen verlangt werden kann<sup>28</sup>. Der Verschuldensbegriff wird demnach objektiviert<sup>29</sup> mit Hinsicht auf das zu besorgende Geschäft und persönliche Fähigkeiten und Verumständungen spielen an sich keine Rolle<sup>30</sup>.

Angesichts des Amtszwanges dürfen jedoch nicht jene bes. Eigenschaften vorausgesetzt werden, welche handelsrechtliche Verhältnisse erheischen und ein Organ der AG durch Annahme einer Wahl oder Berufung gewährleisten muss. Vielmehr hat die Vormundschaftsbehörde für die Ernennung eines fachlich inkompetenten Beistands einzustehen<sup>31</sup>. Es soll allerdings einschränkend angefügt werden, dass der Beistand befugt und gegebenenfalls verpflichtet ist, sachverständigen Rat einzuholen und qualifizierte Hilfspersonen heranzuziehen<sup>32</sup> und sich auf diese dann aber auch verlassen darf<sup>33</sup>.

Die Verantwortlichkeit ist indessen gleichzeitig anhand der obwaltenden Umstände zu konkretisieren (z.B. bes. Dringlichkeit<sup>34</sup>). Ein zu grosses Hochschrauben der Anforderungen zudem richtete sich gegen die Interessen des Verbeiständeten, indem es die Initiative der vormundschaftlichen Organe lähmte und sie zu äusserlicher Beachtung abstrakter Regeln brächte. Unter diesem Gesichtswinkel dürfen auch vernünftige Risiken eingegangen<sup>35</sup> und muss namentlich in Ermessensfragen ein gebührender Spielraum gewährt werden<sup>36</sup>.

Schliesslich kann stets noch der Richter unbillig erscheinende Härten ausgleichen<sup>37</sup>, aber keinesfalls unter Heranziehung des auf Vertrags- und Profitdenken beruhenden OR 99 II a.E.<sup>38</sup>.

26 Jenny 121; Zellweger 33; Pfander 83; Schrott 90.

27 A.M. Good 71, der mit Bevorzugung des *boni patri familias* zeigt, dass es sich mehr um einen Wortstreit dreht.

28 Disler 72 f.

29 Gautschi, Haftung 466; Knapp 158: culpa in abstracto.

30 Junod 36; ders., Verantwortlichkeit 89; Forstmoser 62 ff. N 199 ff.: Bes. fachliche Kompetenz wirkt aber haftungsverschärfend; Egger 426 N 25 ff., 44, 49 und Zellweger 33, die aber mit Kaufmann 426 N 6, dem BGer. (Junod 41) und ZVW 16 73 dennoch wieder die Individualität des Beistands berücksichtigen wollen, was m.E. nicht angeht; gefährlich auch ZVW 19 76 E 8, der nebenamtliche Tätigkeit der Vormundschaftsbehörde als Herabsetzungsgrund betrachtet.

31 Hess 84.

32 Egger 426 N 25, 27, 44.

33 Forstmoser 66 N 216; ZR 76 264 Nr. 100 E 2 lässt dies nur als schuldmlindernd gelten; a.M. mit Bedauern Senn 87.

34 Good 71; Egger 426 N 28, 44.

35 ZVW 27 93 Nr. 14; Hefti 151; Egger 426 N 26; Forstmoser 64 N 206, 208 f.

36 Egger 426 N 28; SJZ 18 74; Gautschi, Haftung 469; Spitzer, Verkauf 115 f. zu ZGB 404 II/III in Kritik an BGE 74 II 79 ff.

37 Knapp 159, 163; Lüscher 38; unerbittlich dagegen Gautschi, Haftung 466.

38 Junod, Verantwortlichkeit 89 f.; Kaufmann 426 N 6; wohl auch Curti 426 N 6; a.M. Egger 426 N 26.

### III. Schaden

Für den Schaden, dessen Nachweis und Berechnung ist auf die allg. Lehren zu OR 42 zu verweisen<sup>39</sup>, so dass auch dessen Abs. II analog für die Feststellung der Existenz des Schadens gilt<sup>40</sup>.

ZGB 426 verpflichtet nur zum Ersatz von Vermögensschaden. Ein Genugtuungsanspruch müsste aus OR 49 hergeleitet werden, sofern nicht ein kantonales Beamtenverantwortlichkeitsgesetz Platz greift<sup>41</sup>.

### IV. Adäquater Kausalzusammenhang

Hier finden ebenfalls die allg. Lehren Anwendung<sup>42</sup>. Auch unvorhersehbarer Schaden ist zu ersetzen, wobei diesem bes. Umstand durch Reduktion der Ersatzpflicht Rechnung getragen werden kann<sup>43</sup>. Den Kausalzusammenhang unterbricht etwa auch nicht notwendigerweise die Tatsache, dass ein untergeordnetes vormund-schaftliches Organ fehlerhaft handelt<sup>44</sup>.

Schliesslich bleibt aber immer der Gegenbeweis offen, dass ein Schaden selbst bei Beobachtung aller Sorgfalt eingetreten wäre<sup>45</sup>.

## C. *Umfang der Verantwortlichkeit*

### I. Zeitlich

Das fehlerhafte Verhalten muss in die Zeit der Beistandschaftsführung fallen<sup>46</sup>. Für den Beistand einerseits heisst dies, dass seine Verantwortlichkeit beginnt mit der Mitteilung der Wahl gemäss ZGB 387 I – unabhängig von Ablehnung oder An-

39 Kaufmann 426 N 14; Disler 77; vgl. Forstmoser 49 ff. N 125 ff.; BGE 59 II 102; unkorrekt daher Ezgü 26, nach welchem der Schaden gegenwärtig sein muss.

40 Vgl. Oftinger I 176 mit Lit. und Judikatur; BGE 74 II 80 f. mit Zit. für Preisdifferenz zwischen Versteigerung und Freihandverkauf nach ZGB 404, was Spitzer, Verkauf 115 f. auf die Gefahr von Scheinangeboten aufmerksam zu machen veranlasst; unrichtig daher Disler 76, Delessert 51, Zellweger 35 und Ezgü 26, die sich nie mit Wahrscheinlichkeit des Schadens begnügen wollen.

41 BGE 57 II 10 E 6; Junod 44 f. mit Beispielen; Knapp 171 f.; Egger 426 N 29, 31 f.; Zellweger 25; Ezgü 11, 15 f.; vgl. Disler 77.

42 Ezgü 27; Delessert 55; vgl. Forstmoser 59 ff. N 186 ff.

43 BGE 61 II 212 f.; Knapp 167 will das nicht gelten lassen, wenn behördliche Genehmigungen nicht eingeholt oder Weisungen nicht beobachtet worden sind, was m.E. allein nicht massgeblich ist.

44 Egger 426 N 29 f., 44.

45 Knapp 173; Disler 76 f.

46 Disler 76.

fechtung — und andauert bis zur endgültigen Abgabe der Vermögensverwaltung an die Berechtigten (ZGB 444, 453 I)<sup>47</sup>. Das heisst natürlich nicht, dass keine Haftung bestünde für späteren Schaden, dessen Grundlagen während der Beistandschaft, oder für noch abwendbaren oder verminderungsfähigen Schaden, dessen Grundlagen früher gelegt wurden<sup>48</sup>.

Bei den vormundschaftlichen Behörden anderseits haften demnach die Mitglieder zur Zeit des pflichtwidrigen Verhaltens, auch wenn sie inzwischen ausgeschieden sind<sup>49</sup>, und spätere Behördenmitglieder können sich durch weiteres Dulden und Untätigkeit verantwortlich machen<sup>50</sup>. Entsprechendes gilt bei Übertragung der Beistandschaft<sup>51</sup>.

## II. Materiell

Neben den unbestrittenen, vorne B. I. 1. beschriebenen Verantwortlichkeiten ist zweifelhaft geworden, nach welchen Vorschriften für die (Unterlassung der) Verbeiständung gehaftet werde. Curti<sup>52</sup> hat aus ZGB 428 I geschlossen, es gälten dafür OR und kantonales Beamtenrecht. ZGB 426 zeigt jedoch, dass die Vormundschaftsbehörde nicht nur für die eigentliche Führung der Beistandschaft nach ZGB einzustehen hat, sondern gemäss BGer. für alle ihr durch das Bundesrecht, dagegen nach kantonalem Beamtenverantwortlichkeitsgesetz für alle ihr nach kantonalem Recht zugewiesenen Obliegenheiten<sup>53</sup>. Da nun im Gegensatz zur Bevormundung die Vormundschaftsbehörde von Bundesrechts wegen für Verbeiständung zuständig ist<sup>54</sup>, haftet sie für diese bzw. deren Unterlassung nach ZGB 426<sup>55</sup> und entgeht durch Ablehnung der Verbeiständung in keiner Weise einer in der Beistandschaft befürchteten Verantwortung<sup>56</sup>.

47 Lüscher 66 ff.; Schroff 108; Knapp 174; Egger 426 N 6; Curti 444 N 1; nachher gilt das OR: Zellweger 69 f., Disler 142 f., Kaufmann 426 N 16 und 451 N 4a, Good 27, MBVR 17 499 f. und 18 192 f.

48 Vgl. Forstmoser 135 N 522 ff.

49 BGE 65 II 213; Curti 428 N 6.

50 Zellweger 87; Kaufmann 426 N 23.

51 Egger 426 N 38; BGE 68 II 363 f.

52 428 N 2.

53 BGE 57 II 4 f.

54 Vgl. § 3. B.

55 Vgl. Kaufmann vor 426 N 5; so sogar Egger 426 N 9 und 44, der die Ansicht der bundesrechtlichen Kompetenz der Vormundschaftsbehörde nicht teilt; so Gautschi, Haftung 467 f. selbst für Bevormundung und Entlassung aus Vormundschaft.

56 Vgl. Kaufmann, Beistandschaft 49; ZVW 23 108 Nr. 34: nicht zu billigen, dass sich Vormundschaftsbehörde, die nicht eingreifen will, durch Blankoverzichte Dritter vorsorglich von Verantwortlichkeit befreien will.

## D. Bemessung des Schadenersatzes

Anwendbar sind hier OR 43 I<sup>57</sup> und 44<sup>58</sup>. Die Anrufung von OR 44 II wurde allerdings schon versagt, vom BGer. einerseits<sup>59</sup> mit Hinweis auf die Ausfallhaftung des Gemeinwesens (ZGB 427), von Delessert<sup>60</sup> anderseits gerade wegen des Schutzes des Verbeiständeten. Das BGer. hat aber offensichtlich seine Auffassung geändert<sup>61</sup>, denn ZGB 427 und auch 429 schliessen OR 44 II nicht aus<sup>62</sup>. Warum auch sollten das Gemeinwesen oder vormundschaftliche Behörden nicht für Beträge haften müssen, die einem vormundschaftlichen Organ aufgrund von OR 44 II erlassen wurden?

Unter dem Titel von OR 44 I ist v.a. an die Ausführung (wenigstens) nicht nützlicher GV-Beschlüsse zu denken. Das trifft allerdings nicht zu gegenüber Gläubigern und der Konkursverwaltung, die deren Ansprüche geltend macht<sup>63</sup>.

## E. Klagelegitimation

### I. Verbeiständeter

Nach h.M. besteht die vormundschaftliche Verantwortlichkeit nur gegenüber der verbeiständeten AG oder ihrem Rechtsnachfolger<sup>64</sup> bzw. einer AG, die hätte verbeiständet werden sollen, nicht aber gegenüber den Aktionären<sup>65</sup> oder Gläubigern der AG<sup>66</sup>. Als Begründung wird etwa angeführt, nur zum Verbeiständeten bestehe das bes. Gewaltverhältnis, das die strenge Haftung nach ZGB 426 rechtfertige; ZGB 426 diene nur der Sicherheit des Vermögens des Verbeiständeten; es wäre nicht einzusehen, wieso der Beistand in Ausübung seines Amtes gegenüber Dritten anders haften sollte, als wenn er für sich selbst handelte; und schliesslich zeige dies auch ZGB 454 I, wäre es doch sinnlos, die Schadenersatzklage eines Dritten mit der Zustellung der Schlussrechnung in Beziehung zu bringen, welche nach ZGB 453

57 Knapp 172; Junod 50 ff.; Ezgü 21; ZR 76 263 E IV; vgl. BGE 52 II 324, 59 II 102; aber strenge Praxis: ZVW 16 77.

58 Kaufmann 426 N 14; Lüscher 48; Disler 77; Gautschi, Haftung 529; vgl. Forstmoser 71 ff. 239 ff.; a.M. Curti 426 N 6.

59 In ZBl 27 591; zust. Knapp 172; gl.M. Junod 55 und ders., Verantwortlichkeit 90.

60 35.

61 Vgl. BGE 61 II 11.

62 Egger 426 N 32 ff.

63 Forstmoser 109 f. N 414 ff.

64 BGE 59 II 105 E 2; vgl. Forstmoser 24 ff. N 8 ff. zu den Ansprüchen und dem Klagerecht der Gesellschaft.

65 A.M. Schroff 108 für die liquidierte juristische Person.

66 Kaufmann, Beistandschaft 49; Schroff 108; Egger 426 N 13; Zellweger 74, 76 f. verweist Gläubiger auf Beschwerde nach ZGB 420, worauf die vormundschaftlichen Organe Klage erheben würden; a.M. Delessert 97; BGE 39 II 690 f.

II an ihn gar nicht erfolge. Dritten gegenüber hafteten die vormundschaftlichen Organe daher nur nach OR 41 ff. sowie die Behörde nach kantonalem Beamtenrecht<sup>67</sup> (OR 61 I)<sup>68</sup>.

Das Klagerecht des Verbeiständeten kann von ihm selbst erst wahrgenommen werden, wenn er tatsächlich handlungsfähig ist. Vorher machen es geltend die Konkursverwaltung des konkursiten Verbeiständeten und je nach den Umständen ein neuer Beistand, ein Spezialbeistand oder ein übergeordnetes vormundschaftliches Organ<sup>69</sup>. Unter ihrer eigenen Verantwortlichkeit müssen die vormundschaftlichen Organe zumindest dafür sorgen, dass die Ansprüche des Verbeiständeten nicht verjähren (z.B. durch Betreibung) und keine Beweismittel verlorengehen. Eine eigentliche Klage wird sich in aller Regel erübrigen, wenn der Verbeiständete bald selbst handeln kann<sup>70</sup>.

## II. Dritter

Bachtler<sup>71</sup> gibt antragsberechtigten Dritten Anspruch auf Schadenersatz, wenn ohne zureichende Begründung eine Verbeiständung nicht erfolgt. Und weil das Antragsrecht das Interesse Dritter an der Erhaltung des Vermögens schütze, hätten diese zudem bei Verbeiständung Anspruch auf sorgfältige Verwaltung. Die Stellung von Aktionären und Gläubigern einer AG<sup>72</sup> dürfe jedoch durch die Tatsache der Verbeiständung oder deren Unterlassung nicht über OR 755 ff. hinaus verbessert werden.

Dem ist vorbehaltlos zuzustimmen. Was die in Anm. 64 ff. zit. ablehnenden Stimmen betrifft, so verkennen sie bezüglich Dritten allg., dass die Beistandschaft nicht nur Interessen des Verbeiständeten selbst zum Ziele hat; an Aktionäre und Gläubiger einer AG insbes. ist wohl gar nicht gedacht worden, denn nach OR 755 ff. machen sie ja in Tat und Wahrheit einen Schaden der AG geltend. So beherrscht dementsprechend OR 41 Ansprüche aus unmittelbarer Schädigung<sup>73</sup>.

Bei Anwendung von ZGB 426 bzw. OR 755 ff. muss aber entgegen OR 50 f. und 759 I an der Sukzessivhaftung festgehalten werden, deren ratio legis auch hier zutrifft<sup>74</sup>. Warum jedoch die Staatshaftung nach ZGB 427 ausgeschlossen sein

67 Nach Zellweger 19 i.V.m. 86 ist auch der Amtsvormund Beamter i.S. von OR 61.

68 BGE 53 II 365 ff.; Ezgü 34; Zellweger 29, 76; Knapp 169 ff.; Curti 426 N 6; Hess 81; ZVW 25 76 Nr. 21 E 3; Egger 426 N 16; vgl. Bachtler, Verantwortlichkeit 83.

69 Knapp 169; Lüscher 120 f.; Ezgü 35; Delessert 86.

70 Zellweger 29, 73 f., 76; Gautschi, Haftung 532, 534; ZVW 1 108 Nr. 35; Egger 426 N 44, 454 N 9; vgl. ZBl 34 510.

71 Verantwortlichkeit 85, 87.

72 Vgl. hiezu Forstmoser 29 ff. N 31 ff., 38 ff. N 68 ff. und 44 f. N 102 ff. für Mehrheit von Klagerechten und von Klageberechtigten.

73 Forstmoser 28 N 25, 38 N 69.

74 Bachtler, Verantwortlichkeit 90 f.

soll<sup>75</sup>, vermag ich nicht einzusehen. Für die Verjährung allerdings gilt OR 60<sup>75a</sup>, weil kein Grund für die Anwendung von ZGB 454 f. besteht. Gegenüber unmittelbar haftbaren vormundschaftlichen Organen beginnt demnach für den Aktionär die Verjährung immer mit Kenntnis des Schadens, für den Gläubiger wegen OR 758 dagegen nicht vor Konkurseröffnung, und es haben sich wohl beide die Klageberechtigung der Konkursverwaltung nach OR 756 I anrechnen zu lassen<sup>76</sup>. Die Verjährung gegen mittelbar haftbare vormundschaftliche Behörden beginnt alsdann zu laufen, wenn der Ausfall gegen Vorhaftende feststeht<sup>77</sup>.

## F. *Miszellen*

Die Gerichtsstandsnorm von OR 761 sowie a fortiori allfällige statutarische Klauseln<sup>78</sup> dürfen als privatrechtliche Sondernorm angesichts des Amtszwanges für den Beistand und des Beamtenstatus der vormundschaftlichen Behörden auf vormundschaftliche Organe nicht angewendet werden.

In internationalen Fällen sodann ist für die Verantwortlichkeit das Recht des die Beistandschaft führenden Staates massgebend<sup>79</sup>. Das heisst für das schweizerische Recht, dass im hier umschriebenen Umfange das Personalstatut der AG mitspielt, sofern es sich nicht um Zweigniederlassungen handelt, die allenfalls dem Gesellschaftsrecht an deren Standort unterstehen. Für die Haftung aus unerlaubter Handlung gilt in diesem Rahmen Deliktsstatut<sup>80</sup>.

Mehr als Kuriosum sei schliesslich angemerkt, dass Good<sup>81</sup> es dem streng haftenden Beistand angesichts komplizierter Vermögensverhältnisse erlauben möchte, auf Kosten des Verbeiständeten eine Haftpflichtversicherung abzuschliessen. So nett das tönt, darf dies m.E. nicht zugelassen werden, weil es einer Haftungsentlassung gleichkommt und den Beistand einer wesentlichen Triebfeder zu guter Amtsführung beraubt.

75 So ders. 91.

75a Und nicht etwa OR 760, vgl. unter § 44.

76 Forstmoser 104 f. N 394 ff.; a.M. Bürgi 760 N 13 f., der im Konkurs bis zur Abtretung nach OR 756 II die Frist für den Aktionär gemäss OR 134 I Ziff. 6 ruhen und für den Gläubiger nicht beginnen lässt.

77 Bachtler, Verantwortlichkeit 92.

78 Vgl. Forstmoser 111 ff. N 424 ff.

79 Kaufmann vor 426 N 11.

80 Vgl. Forstmoser 123 f. N 475 ff.

81 70 Anm. 6.

### § 43. Haftungsweisen und Geltendmachung der Verantwortlichkeit

#### A. Haftung innerhalb einer vormundschaftlichen Behörde (ZGB 428)

##### I. Umfang der vormundschaftlichen Behörde

Ob der Sekretär einer Behörde dieser als Mitglied angehört, entscheidet das kantonale Recht. I. allg. tut er es nicht, wenn er nur beratende, aber keine entscheidende Stimme hat<sup>1</sup>. Allerdings wurde schon ein Sekretär mit bloss beratender Stimme haftbar gemacht, weil er nach kantonalem Recht in Amtspflicht genommen und vereidigt worden, Mitglied der Vogtrechnungskommission und der Vormundschaftsbehörde sozusagen als vollziehendes Organ beigegeben war. Egger hat dem zugestimmt<sup>2</sup> wegen der dank Geschäftsgewandtheit und umfassender, oft auch juristischer Kenntnisse häufig überragenden Position des Sekretärs.

Durch Bildung von Subkommissionen und Abordnung von Delegierten schrumpft die haftbare Behörde nicht auf die betreffenden Mitglieder<sup>3</sup>. Und eigenmächtiges Vorgehen des Präsidenten lässt sein Handeln nicht etwa sogar den Amtsausübungscharakter von ZGB 426 verlieren, denn Überschreitung der eigenen Befugnisse durch Vornahme von der Gesamtheit zustehenden Geschäften ist auch Pflichtverletzung i.S. von ZGB 426<sup>4</sup>; zudem haften die übrigen Mitglieder bei stiller Duldung<sup>5</sup>.

##### II. Exkulpation

Der Kläger muss die grundsätzliche Haftung einer Behörde beweisen, aber nicht das Verschulden einzelner Mitglieder; diese haben sich zu exkulpieren<sup>6</sup>.

Nach einmütiger Lehre exkulpiert entschuldbare Abwesenheit von einer Sitzung im Gegensatz zu unentschuldbarer<sup>7</sup>. Der unentschuldig Abwesende kann zu seiner Entlastung einen Wiedererwägungsantrag stellen oder Beschwerde führen, soweit dies noch möglich ist. Weder nötig noch genügend erscheint Einsprache gegen Abnahme des Protokolls der verpassten Sitzung, ja der Betreffende besitzt gar kein Stimmrecht, geht es doch bloss darum, die Richtigkeit des Protokolls zu bestäti-

1 Kaufmann 426 N 22; Delessert 49 f.; Curti 426 N 2; ZR 35 236 f.

2 426 N 40 zu SJZ 29 87.

3 BGE 68 II 365 f.; SJZ 29 86 f.; Egger 426 N 37; Delessert 39; vgl. Forstmoser 69 N 229.

4 Egger 426 N 39; Delessert 39, 50; offengelassen in BGE 53 II 367 E 3, ob nicht bloss kantonale Beamtenverantwortlichkeit.

5 Kaufmann 428 N 8.

6 Zellweger 87; Junod 56.

7 Ezgü 44; Hess 84; umstritten im Aktienrecht: Forstmoser 67 N 220 f.

gen<sup>8</sup>. M.E. muss aber auch der entschuldigt Abwesende — genau wie ein späteres Mitglied der Behörde — in den Schranken des Kollegialitätsprinzips noch versuchen, Schaden abzuwenden, hat aber natürlich für die Tatsache seiner Abwesenheit nicht einzustehen.

In der Sitzung selbst exkulpiert Stellungnahme gegen einen Antrag oder für einen Gegenantrag, wobei die Haltung in der Abstimmung und nicht in der Diskussion entscheidend ist, es läge denn Arglist vor<sup>9</sup>. Passives Verhalten, Stillschweigen und Stimmenthaltung oder prinzipielles Nein-Stimmen schliessen Haftung nicht allg. aus<sup>10</sup>, es sei denn, der Betreffende reiche Beschwerde ein oder versuche anderweitig, den Schaden abzuwenden. Zur Beweissicherung empfehlen sich Protokollerklärungen<sup>11</sup>.

Die gesamte Behörde wird unter Vorbehalt ihrer Berichterstattungspflicht entlastet, wenn im Beschwerdeverfahren gegen sie entschieden wird; desgleichen enthebt sie Täuschung oder falsche Instruktion ihrer Haftung, sie sei denn ihrer eigenen Nachforschungspflicht nicht nachgekommen<sup>12</sup>.

Auf die nachträgliche Haltung der Mitglieder kommt im übrigen nur etwas an, wenn sie Beschlüsse noch zu ändern vermag<sup>13</sup>, so dass ich nicht einsehe, wieso Mitglieder von vormundschaftlichen Behörden im Gegensatz zum Beistand prinzipiell nicht sollten Beschwerde führen müssen<sup>14</sup>. Das Kollegialitätsprinzip wird allerdings die Beschwerdepflicht auf erhebliche und krasse Fälle einschränken<sup>15</sup>.

### III. Belangung und Haftungsteilung

Nicht die vormundschaftliche Behörde als solche haftet, sondern jedes einzelne Mitglied<sup>16</sup>. Um aber der Gefahr nicht übereinstimmender Urteile zu entgehen, werden — wenn kantonales Prozessrecht und BV 59 es zulassen — am besten alle Mitglieder der Behörde gleichzeitig für den ganzen Betrag belangt und die Anteilsfestsetzung dem Richter überlassen. Eine notwendige Streitgenossenschaft besteht indessen nicht<sup>17</sup>.

Die Haftungsanteile bestimmen sich individuell nach Verschulden und können für Präsidenten, Aktuar oder andere Mitglieder, die ein bestimmtes Geschäft vor-

8 Egger 428 N 4; Kaufmann 428 N 8 ff.; Delessert 65 ff.; Lüscher 84 ff., 129.

9 Lüscher 86 f.

10 A.M. Lüscher 87.

11 Hess 84.

12 Lüscher 89; Egger 428 N 4 f.

13 Kaufmann 428 N 8 f.; Delessert 68 f.

14 So die in Anm. 13 zit. Autoren; Egger 428 N 4 und Lüscher 87 nehmen Fälle aus, wo Beschlussfähigkeit gefehlt hat.

15 Vgl. zum Ganzen auch Forstmoser 67 f.

16 Lüscher 91; Zellweger 82.

17 Kaufmann 428 N 3, 11; Curti 428 N 6 f.; vgl. hinten D. I.; a.M. Lüscher 128 f.

bereiteten, bes. gross sein<sup>18</sup>. Sie gelten auch extern<sup>19</sup>. Der Schaden ist selbstredend nur auf die schuldigen Mitglieder zu verteilen, doch haften für deren Zahlungsunfähigkeit nicht die Mitschuldigen der gleichen Behörde, sondern greifen ZGB 427 und 429 II Platz<sup>20</sup>.

Die Anteilshaftung gilt nicht für arglistige Behördenmitglieder (ZGB 429 III im Gegensatz zu 428 II und 429 I/II)<sup>21</sup>. Das Vorhandensein dolöser Behördenmitglieder macht indes die fahrlässigen nicht zu subsidiär haftbaren<sup>22</sup>; fahrlässige Behördenmitglieder haften allerdings stets nur anteilmässig<sup>23</sup>.

## B. Sukzessivhaftung (ZGB 429)

### I. Vorkommen

Es kann ausschliesslich der Beistand haften, d.h. hinter ihm bloss das Gemeinwesen (ZGB 427), wenn er allein gehandelt hat oder nur ihn ein Verschulden trifft; dasselbe ist möglich für eine vormundschaftliche Behörde, z.B. bei Verwerfung von Anträgen eines untergeordneten vormundschaftlichen Organes oder wenn die Aufsichtsbehörde die Bewilligung nach ZGB 404 III mit Schadenfolge verweigert, und sie haftet dann unmittelbar i.S. von ZGB 454 I<sup>24</sup>.

Dagegen sind vormundschaftliche Organe zugleich haftbar i.S. von ZGB 429 I/II, wenn sie für den gleichen Schaden Verantwortung tragen. Nicht nötig ist dabei gleichzeitige Verursachung oder Haftung aus dem gleichen Rechtsgrund<sup>25</sup>. Es genügt, wenn ein vormundschaftliches Organ neben dem Verschulden eines anderen im Rahmen der ihm zukommenden Aufgabe gefehlt hat, z.B. Vernachlässigung der allg. Aufsichts- oder der speziellen Prüfungspflicht in ZGB 421 ff., Nichtreagieren auf eine Beschwerde, Unterlassung von Weisungen oder Ausgabe von verfehlten im Rahmen der Kapitalanlage i.S. von ZGB 399 ff.<sup>26</sup>. ZGB 429 II gilt dabei analog auch bei zweistufiger Aufsichtsbehörde<sup>27</sup>, und ich sehe nicht ein, wieso das unbefriedigender sein soll als die Sukzessivhaftung sonst und beide Aufsichtsbehörden

18 BGE 68 II 342 ff.; SJZ 29 86 ff.; Delessert 65; prinzipiell für Quotenteilung Kaufmann 428 N 4; Rossel/Mentha I 589 N 872.

19 So wohl Ezgü 46; Lüscher 129 und Zellweger 88 wollen extern gleiche Anteile bilden und davon nur intern entsprechend dem Verschuldensgrad abweichen.

20 Egger 428 N 6 f.; Lüscher 92, 99; Junod 56.

21 Kaufmann 428 N 5 f., 429 N 6; Zellweger 88.

22 So Egger 429 N 10 für fahrlässige Vormundschaftsbehörde und dolöse Aufsichtsbehörde.

23 Lüscher 105; Delessert 65.

24 Gautschi, Haftung 504; Knapp 184; Ezgü 47 f.; Lüscher 99; Egger 429 N 4.

25 Unkorrekt insofern Egger 429 N 7.

26 BGE 81 II 98 ff., 52 II 324; Hess 84 ff.; Kaufmann 429 N 4 f.; Egger 429 N 5, 7.

27 Curti 429 N 2, 4.

deshalb zugleich müssten belangt werden können<sup>28</sup>, wenn auch nur aufgrund einer kantonalrechtlichen Anordnung<sup>29</sup>.

## II. Ausfall<sup>30</sup>

Die Ausfallhaftung tritt zumindest unter den Voraussetzungen von OR 495 I ein, wobei die blossе Tatsache der Konkursöffnung<sup>31</sup> und m.E. auch der Nachlassstundung auszunehmen ist. Der Kläger hat Nichteinbringlichkeit zu beweisen, was am besten durch Verlustschein geschieht<sup>32</sup>. Die nachhaftende vormundschaftliche Behörde untersteht alsdann ZGB 428 II und besitzt ein Rückgriffsrecht für den Betrag, für den das vorhaftende vormundschaftliche Organ haftbar, aber nicht zahlungsfähig war<sup>33</sup>.

Als Ausfall gilt nicht nur, was von einem vormundschaftlichen Organ aus finanziellen Gründen nicht erhältlich ist, sondern auch, was ihm speziell zufolge OR 43 f. erlassen wurde<sup>34</sup>. Wer letzterem nicht zustimmen will, müsste entweder ein vorhaftendes vormundschaftliches Organ für mehr haften lassen, als es verschuldet hat — das ist ihm gegenüber nicht zu rechtfertigen —, oder dann ein nachhaftendes für weniger — das geht dem Kläger gegenüber nicht an<sup>35</sup>.

## III. Ausnahmen

### 1. Arglist

Arglist i.S. von ZGB 429 III deckt sich mit Absicht in Art. 426<sup>36</sup> und zerstört nicht nur die pro rata-Haftung gemäss ZGB 428 II<sup>37</sup>, sondern macht die verantwortlichen Personen auch unmittelbar haftbar<sup>38</sup>.

28 So Lüscher 97, 134.

29 So Kaufmann 429 N 7; Egger 427 N 10, 429 N 5.

30 Vgl. auch nachstehend C. I.

31 Rossel/Mentha I 590 N 873; Ezgü 52 f.; Junod 59; Delessert 71; vgl. Streit 60; Lüscher 125.

32 Kaufmann 429 N 11; zu streng Zellweger 83 und Lüscher 127 f., die nur Verlustschein gelten lassen wollen.

33 Egger 429 N 4; Kaufmann 429 N 13; Curti 429 N 2 ff., 454 N 15; BGE 81 II 99.

34 Kaufmann 429 N 9; Egger 429 N 6; Knapp 180 f.; Streit 59 f.; offengelassen in BGE 61 II 11; a.M. Delessert 78; SJZ 33 331 Nr. 63 mit Verweis auf den französischen Text "dans la mesure, où le tuteur n'a pu le réparer".

35 Deshalb möchte Junod 59 f. bei grösserem Verschulden einer übergeordneten Behörde die Kaskadenhaftung prinzipiell entfallen lassen, was aber nur unter den nachstehend III. 2. geschilderten Voraussetzungen zulässig ist.

36 Curti 429 N 7; wohl auch Lüscher 102 f.

37 Vgl. Knapp 184; Disler 79; vorne A. III.

38 Kaufmann 429 N 6, 14; Egger 429 N 9; Ezgü 53 f. je mit Verweis auf OR 50 II und 143 ff.

## 2. Durchgriff bei besonderer Rolle einer vormundschaftlichen Behörde

Unmittelbare und unter Fortwirkung von ZGB 428 II solidarische Haftung zwischen den einzelnen vormundschaftlichen Organen mit internem Regress<sup>39</sup> nach OR 50 II gelten dann, wenn eine vorgesetzte vormundschaftliche Behörde eine wesentliche Schadensursache selbständig gesetzt – z.B. durch eine rechtswidrige Weisung, die darauf mangelhaft ausgeführt wird, oder durch nicht rechtzeitiges Ersetzen eines erkanntermassen unfähigen Beistandes gemäss ZGB 445 – oder den Schaden in führender Handlungsweise neben einem untergeordneten vormundschaftlichen Organ verursacht hat<sup>40</sup>.

## C. Haftung des Gemeinwesens (ZGB 427)

### I. Ausfall

Das Gemeinwesen haftet nicht für den vollen Schaden, sondern nur für jenen Maximalbetrag<sup>41</sup> davon, den die Verantwortlichen zu ersetzen verpflichtet sind<sup>42</sup>. M.E. müssen jedoch Ermässigungen nach OR 44 II hinzugezählt<sup>43</sup> und sollte auch im Falle von OR 54 II eine Ausnahme gemacht werden<sup>44</sup>. Im übrigen ist aber ein Verschulden der vormundschaftlichen Organe vorausgesetzt, währenddem das Gemeinwesen keines treffen muss<sup>45</sup>.

Der Ausfall steht auch hier unter den vorstehend B. II. erwähnten Bedingungen fest und es muss offenkundige, nicht unbedingt durch Verlustschein belegte Zahlungsunfähigkeit genügen<sup>46</sup>.

39 A.M. ZVW 19 76 E 8, der offenbar schon gegen aussen eine Haftungsaufteilung vornehmen will, was m.E. der ganzen hier obwaltenden Idee entgegenläuft.

40 BGE 81 II 100, 68 II 360 f., 59 II 109 f.; Knapp 183 f.; Egger 429 N 8: aber wegen ZGB 429 I/II einschränkende Auslegung dieser Regel; ZVW 19 74 f.; Junod 58 ff., der jedoch das Ganze von einem überwiegenden Verschulden der vorgesetzten vormundschaftlichen Behörde abhängig macht, was m.E. nicht unbedingt auf das gleiche herauskommt.

41 Curti 427 N 5: darin sind auch Zwangsvollstreckungskosten einzubegreifen.

42 Kaufmann 427 N 3; Junod 71; Ezgü 57.

43 Nach Egger 427 N 5 nur aufgrund kantonaler rechtlicher Anordnung.

44 Ezgü 24 f.

45 Lüscher 42; Zellweger 35; Curti 427 N 6, 11.

46 Egger 427 N 3, 5; ZVW 4 29 Nr. 12 E 1; a.M. MBVR 38 110 Nr. 51; nach Curti 427 N 4 dürfen die Kantone einen Verlustschein verlangen.

## II. Haftungsreihe

### 1. Allgemeines

Bei Verantwortlichkeit eines einzigen vormundschaftlichen Organes haftet das Gemeinwesen direkt für den Ausfall, währenddem sonst zuerst ZGB 429 Platz greift. Es bleibt allerdings den Kantonen<sup>47</sup> unbenommen, den Kläger neben den vormundschaftlichen Organen wahlweise auch direkt gegen den Staat vorgehen zu lassen, welcher dann ein Rückgriffsrecht hat<sup>48</sup>.

### 2. Gemeinde- und Kreishaftung im besonderen

Eine solche Haftung wird durch kantonales Recht etabliert und setzt voraus, dass Gemeinde und/oder Kreis tatsächlich an der Führung der Beistandschaft beteiligt sind<sup>49</sup>. Haben Kreise kein eigenes Vermögen<sup>50</sup>, muss der Schaden auf die Gemeinden des Kreises verteilt werden<sup>51</sup>. Sobald aber eine kantonale vormundschaftliche Behörde bzw. eine des Kreises allein oder subsidiär verantwortlich ist, entfällt extern die Kreis- bzw. Gemeindehaftbarkeit, es sei denn ein vormundschaftliches Organ des Kreises oder der Gemeinde aus Arglist (ZGB 429 III) belangbar. Intern wird eine Schadensverteilung im Verhältnis der Verschuldensanteile der zugehörigen vormundschaftlichen Organe vorgenommen<sup>52</sup>.

## D. Geltendmachung der Verantwortlichkeit (ZGB 430)

### I. Zuständigkeit und Verfahren

Für Verantwortlichkeitsklagen zuständig ist der Zivilrichter. Damit wird auf das o. zivilprozessuale Verfahren verwiesen — auch bei Klage gegen das Gemeinwesen und deren Weiterziehung an das BGer., die mittels Berufung erfolgt<sup>53</sup>.

47 Curti 427 N 6: das ist derjenige, in welchem die Beistandschaft geführt wird.

48 Kaufmann 427 N 4, 8; Egger 427 N 3, 9; Knapp 182 f.; Delessert 81; Junod 101; vgl. Basel-Stadt EG ZGB 112.

49 Curti 427 N 7 ff.; Kaufmann 427 N 7; Egger 427 N 7, der aber unverständlicherweise keine Kreishaftung zulassen will, wenn die Aufsichtsbehörde ein Kreisorgan ist.

50 Curti 427 N 11 betrachtet dies als Voraussetzung der Kreishaftung.

51 Egger 427 N 6.

52 Lüscher 99 ff., bes. 106; Egger 427 N 10; Kaufmann 427 N 6.

53 Egger 427 N 3, 430 N 1 und Lüscher 118 f., 134: Kantone dürfen vom o. Verfahren nicht willkürlich abweichen; Kaufmann 430 N 4; SJZ 24 299 Nr. 64; Curti 427 N 6; vgl. BGE 43 II 60 ff.; OG 42 für Klage gegen Kanton.

Im übrigen bestimmen sich das Verfahren vorbehältlich ZGB 430 II und die sachliche sowie die örtliche Zuständigkeit nach kantonalem Recht. BV 59 hat dabei nur interkantonale Bedeutung<sup>54</sup>, gilt aber auch zugunsten jedes einzelnen von mehreren solidarisch Belangten<sup>55</sup>, es handle sich denn um notwendige Streitgenossen<sup>56</sup>, was hier nie zutreffen wird<sup>57</sup>.

## II. Unabhängigkeit des Richters

Die Verantwortlichkeitsklage setzt keine voraufgehende Beschwerde gemäss ZGB 420 voraus<sup>58</sup>, ebensowenig eine Nichtgenehmigung von Rechnungen oder ein Vorgehen nach ZGB 445 ff. Desgleichen ist der Richter in keiner Weise an frühere Entscheide der vormundschaftlichen Behörden wie Genehmigung von Rechnungen und Berichten, Abweisung einer Beschwerde oder Verantwortlichkeitserklärungen gebunden<sup>59</sup>. Vielmehr würdigt er frei alle in Betracht kommenden Tatsachen und rechtlichen Momente<sup>60</sup>.

### § 44. Verjährung und Konkursprivileg (ZGB 454 ff.)

ZGB 454 ff. gelten nach ZGB 367 III auch für die Beistandschaft<sup>1</sup>. Wiederum ausgeschlossen scheinen mir dagegen die allenfalls längeren Verjährungsfristen von OR 760<sup>2</sup>.

54 Egger 430 N 2, 5; Kaufmann 430 N 5 ff.; Curti 430 N 6; Ezgü 67.

55 BGE 51 I 49, 53 I 49.

56 BGE 69 I 7 f., 90 I 109, 93 II 200 E 10.

57 Vgl. Guldener 298; Walder 149 f.; Lüscher 122, der sich 128 f. widerspricht.

58 Knapp 63.

59 Egger 430 N 4 f., 454 N 13; ZVW 8 38; Ezgü 13; Gautschi, Haftung 530; vgl. MBVR 12 313 Nr. 132.

60 Kaufmann 430 N 4, 10 f. und 454 N 7 f.; Hefti 240 ff.; Curti 430 N 5.

1 Sauter 30; Kaufmann vor 451 N 4; gl.M. für ZGB 454 I ZVW 2 148 f. = ZR 45 63 Nr. 32; für ZGB 454 allg. Curti 454 N 2 und Kaufmann 454 N 13; für ZGB 454 f. Egger 454 N 2.

2 Vgl. § 42. F.

## A. *Ordentliche Verjährung (ZGB 454)*

ZGB 454 enthält keine Verwirkungs-, sondern Verjährungsfristen, die nach OR 135 ff.<sup>3</sup> unterbrochen werden können<sup>4</sup>. Zu beachten ist hier auch der zumindest für den handlungsunfähigen Verbeiständeten geltende OR 134 I Ziff. 2<sup>5</sup>. Für den einzelnen Beistand ist dabei auf seine Amtsdauer abzustellen, womit dann Übereinstimmung mit ZGB 454 besteht<sup>6</sup>.

### I. Unmittelbare Haftung (Abs. I/III)

ZGB 454 I gilt für jeden Beistand und die unmittelbar haftbaren, zuletzt amtierenden vormundschaftlichen Behörden. Für alle früheren Mitglieder einer vormundschaftlichen Behörde findet ohne Rücksicht auf ein Ausscheiden, einen Wechsel des Wohnsitzes oder eine Übertragung der Beistandschaft ausschliesslich Abs. III Anwendung<sup>7</sup>. Letzterer Absatz gilt auch analog und nicht etwa OR 60, 67 oder 127<sup>8</sup> bei Unterlassung der Verbeiständung, solange dieses Bedürfnis besteht<sup>9</sup>.

Da ZGB 454 III jedoch um der Handlungsunfähigkeit des Verbeiständeten willen aufgestellt ist, kann er m.E. dann nicht angerufen werden, wenn die AG eine prozessfähige Verwaltung besitzt und aus einem anderen Grund verbeiständet ist bzw. eines Beistandes bedarf.

### 1. Zustellung der Schlussrechnung<sup>10</sup>

Diese Vorschrift wird streng angewendet. Vorausgesetzt ist erst einmal, dass die Schlussrechnung das Verfahren von ZGB 451–453 unter Berücksichtigung aller Formalitäten durchlaufen hat. Die Empfänger dürfen von der Rechnung zudem

3 Verantwortlichkeitserklärungen einer vormundschaftlichen Behörde hindern die Verjährung nicht: Gautschi, Haftung 530; Egger 454 N 13; Kaufmann 454 N 7 f. Ob Streitverkündung unterbrechend wirkt, hängt von deren Wirkung nach Prozessrecht ab: Becker 135 N 16; Oser/Schönenberger 135 N 11; BGE 50 II 10; a.M. (nie Unterbrechung) noch Lüscher 159; ZR 20 50 f.

4 SJZ 40 241 Nr. 152, 33 331 Nr. 63; a.M. Bucher 402 Anm. 76.

5 A.M. Oser/Schönenberger 134 N 6 und von Tuhr/Escher 223 Anm. 94 wegen des Wortlauts, doch gilt auch hier ZGB 367 III, weil der Schutzzweck dies erfordert.

6 Egger 454 N 5 f.; Kaufmann 454 N 4, 6; ZBJV 71 222 Nr. 11; von Tuhr/Escher 223 Anm. 95.

7 Knapp 175 ff.; Lüscher 149, 153 f.; Gautschi, Haftung 530; Kaufmann 454 N 7 ff.: "Aufhören der Vormundschaft" bedeutet Rechtskraft des Aufhebungsbeschlusses; Egger 454 N 13.

8 So Gautschi, Haftung 534.

9 BGE 65 II 211 ff., 68 II 353 f. (vgl. hiezu Kritik von Egger 454 N 4); Hess 87; Ezgü 72 f.

10 Zuständig hierfür ist ausschliesslich die Vormundschaftsbehörde: Curti 453 N 5, 11.

verlangen, dass sie hinreichend klar und vollständig sei<sup>11</sup>. Mit Zustellung meint ZGB 454 I sodann diejenige von 453 II unter Hinweis auf die Verantwortlichkeitsvorschriften<sup>12</sup> und nicht etwa den Zeitpunkt der Genehmigung der Schlussrechnung<sup>12a</sup>. Zustellung der Rechnung erfordert Aushändigung zum Behalten und nicht bloss Einsichtnahme, denn das Gesetz will Prüfung in aller Ruhe ermöglichen. Unabdingbaren Bestandteil der Zustellung bildet schliesslich die Mitteilung nach ZGB 453 III<sup>13</sup>, die schriftlich erfolgen und motiviert sein muss, weil dies für den Entschluss über eine Verantwortlichkeitsklage wichtig ist<sup>14</sup>. Mit guten Gründen wird dabei auch Beilage der nicht genehmigten Rechnung verlangt.

Ohne eine Zustellung der Schlussrechnung i.d.S., deren Empfang in beweiskräftiger Form (z.B. durch eingeschriebenen Brief oder Empfangsschein) festgestellt werden soll, kann die Verjährung nimmer zu laufen beginnen<sup>15</sup>; es besteht auch keine absolute Verjährungsfrist, denn OR 60 I ist, da es sich um völlig verschiedene Institute handelt, abermals nicht anwendbar und es liegt auch offenbar ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzes vor, wenn man ZGB 454 mit 455 I vergleicht<sup>16</sup>.

Verzögerung der Zustellung kann verantwortlich machen und die Berechtigten dürfen Beschwerde erheben. Wartet der (wieder) handlungsfähige Verbeiständete aber zu, so mag das wenn nicht als Verzicht, so doch als Reduktionsgrund gewertet werden<sup>17</sup>.

## 2. Beistandschaft ohne Schlussrechnung

Dies heisst nicht, dass nun OR 127 ff. gälten, denn die Analogie zwischen ZGB 454 und 426 ff. bleibt unter allen Umständen stärker als zwischen ZGB 426 und OR 127<sup>18</sup>. Vielmehr ist nun einfach auf den Schlussbericht oder den Abschreibungsbeschluss und deren Kenntnissgabe abzustellen (ZGB 453 III)<sup>19</sup>. Der Schlussbericht muss dabei nicht zugestellt<sup>20</sup>, wohl aber dessen Einsichtnahme erlaubt werden<sup>21</sup>.

11 Egger 454 N 7; Disler 150.

12 Lüscher 148 und Disler 150 halten diesen für eine bloss Ordnungsvorschrift; gemeint sind auch ZGB 426 ff. und nicht bloss 454 f. (so Curti 453 N 13).

12a BGE 59 II 106; Knapp 175.

13 A.M. Curti 454 N 9; vgl. seine Zurückhaltung in 453 N 15 f.

14 BGE 85 II 467 und 469 f., 76 II 185 ff.

15 Curti 454 N 8; Kaufmann 453 N 9 f., 13, 454 N 6 mit leicht verfänglicher Formel; Disler 150 f.; SJZ 33 330 f.; Lüscher 147 ff.

16 ZVW 12 156 f. = ZBJV 92 483 f.; SJZ 52 348 Nr. 158; Junod 67; vgl. ZBl 49 485 f.

17 Egger 453 N 2, 454 N 8.

18 BGE 68 II 353 f.; Knapp 179.

19 Egger 454 N 2; Kaufmann 454 N 13; vgl. § 32. Anm. 81 f.

20 A.M. Trüeb 116 f.

21 Curti 453 N 7.

## II. Mittelbare Haftung (Abs. II/III)

Die Frist nach ZGB 454 II beginnt zu laufen, wenn der Prozess gegen das vorhaftende vormundschaftliche Organ entschieden ist und feststeht, dass es nicht zahlen kann, wofür auch hier konsequenterweise nicht unbedingt ein Verlustschein nötig ist bzw. immer bis zu dessen Zustellung zugewartet werden darf<sup>22</sup>. Und abermals geht ZGB 454 III dem Abs. II vor<sup>23</sup>.

Subsidiär haftende vormundschaftliche Organe können von Bundesrechts wegen gleichzeitig mit den direkt haftenden belangt werden<sup>24</sup>. Dies drängt sich auf, weil zunächst entschieden werden muss, wer überhaupt verantwortlich sei, da es erst hievon abhängt, wer bloss subsidiär haftet. Freilich kann gegenüber den nachhaftenden vormundschaftlichen Behörden bloss ein Feststellungsurteil ergehen und eine spätere Leistungsklage verjährt normal nach ZGB 454 II<sup>25</sup>.

Gleichzeitige Belangung empfiehlt sich auch zur Verjährungsverhütung, da die h.M. es wegen des klaren Wortlauts von ZGB 454 I und II ablehnt, die Frist gegen eine unvermutet direkt haftbare vormundschaftliche Behörde erst laufen zu lassen, wenn sich im Prozess gegen ein vermeintlich haftbares, untergeordnetes vormundschaftliches Organ herausgestellt hat, dass dieses unschuldig ist<sup>26</sup>. Der Prozess gegen vorgesetzte vormundschaftliche Behörden muss dann aber zumindest so lange sistiert werden, bis derjenige gegen untergeordnete vormundschaftliche Organe entschieden ist<sup>27</sup>.

### B. Ausserordentliche Verjährung (ZGB 455)

Der Kläger hat nach allg. Regel die Voraussetzungen für die Anwendung dieses Artikels zu beweisen, der Beklagte dagegen die Verjährung<sup>28</sup>.

22 Gautschi, Haftung 530 f.; Knapp 178; Curti 454 N 15; Kaufmann 454 N 10; a.M. Zellweger 78; Lüscher 150 f.; Egger 454 N 11; Hess 87.

23 Lüscher 151; Egger 454 N 12.

24 ZVW 4 30 Nr. 12: aber auf keinen Fall vorher; für Kaufmann 429 N 10 noch eine Frage kantonalen Prozessrechts; ablehnend Lüscher 124 ff.

25 BGE 61 II 9 f., 12 E 6; Knapp 178; Curti 429 N 3, 454 N 14; Ezgü 55; Kaufmann 429 N 10, 454 N 10; Egger 430 N 5; Junod 61 ff. und ders., Verantwortlichkeit 92; vgl. BGE 68 II 342 ff.

26 Zellweger 78 f.; Ezgü 72; Junod 61; wohl auch Curti 454 N 15; unentschieden Egger 454 N 11; a.M. Lüscher 152 f. wegen schwerwiegender Konsequenzen, die er sich selbst schafft, weil er S. 124 ff. gleichzeitige Belangung aller vormundschaftlichen Behörden nicht zulassen will.

27 Gautschi, Haftung 531.

28 So Kaufmann 455 N 13 für Abs. I.

## I. Zivilrechtliche Verjährung (Abs. I)

Nach Lüscher<sup>29</sup> darf sich der Kläger nicht auf ZGB 455 I berufen, wenn er alle Voraussetzungen zur Klage kannte, zuerst aber entweder ein unschuldiges<sup>30</sup> oder ein nur mittelbar haftbares vormundschaftliches Organ belangt. Dem Entweder kann ich zustimmen, nicht aber dem Oder, weil diesfalls der Kläger offensichtlich nicht alle Voraussetzungen der Klage kannte, nämlich den primär Verantwortlichen.

Im übrigen bezieht sich ZGB 455 I auf den ganzen Art. 454<sup>31</sup>, so dass beide erwähnten Fristen für jedes vormundschaftliche Organ speziell zu berechnen sind.

### 1. Rechnungsfehler

Dies bedeutet einen Fehler in einer mathematischen Operation oder einen offensibaren Verschrieb, z.B. bei einem Übertrag. Keine Rolle spielt, ob der Fehler unterlie in der Schlussrechnung oder in einer früheren und dann weitergeschleppt wurde. Gleichgültig ist ferner, wann, wo und von wem der Fehler begangen wurde und ob er früher hätte entdeckt werden können<sup>32</sup>. Auf Rechnungsfehler dürfen sich übrigens auch die vormundschaftlichen Behörden berufen, selbst wenn sie einen Beistand schon vorbehaltlos entlassen haben<sup>33</sup>.

Kein Rechnungsfehler, wohl aber anderweitige Verantwortlichkeit ist gegeben bei absichtlicher Fälschung oder wenn ein Aktivposten in einer sonst richtigen Rechnung fehlt<sup>34</sup>.

### 2. Späteres Auftauchen eines Verantwortlichkeitsgrundes

#### a) Zeitpunkt

Im Gegensatz zu Rechnungsfehlern kommt es hier auf den Zeitpunkt an, in welchem Entdeckung möglich war, also nicht unbedingt auf die tatsächliche Entdeckung<sup>35</sup>. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass eine sorgfältige Prüfung der

29 158.

30 A.M. Zellweger 81.

31 Vgl. Kaufmann 455 N 9 ff.; Egger 455 N 4; a.M. offenbar Lüscher 158 f. für die 10-Jahresfrist, die er generell gemäss ZGB 454 I laufen lässt.

32 Vgl. Text und Kaufmann 455 N 4; Curti 455 N 1; a.M. Ezgü 74.

33 Egger 455 N 1.

34 Lüscher 155 f.; Zellweger 80.

35 Umstritten im Obligationenrecht, vgl. Forstmoser 103 N 389.

Schlussrechnung, der Belege und des vormundschaftlich verwalteten Vermögens vorausgesetzt wird<sup>36</sup>. Der AG sind dabei Kenntnisse und Verhalten eines Bestandes im Verhältnis zu Amtsvorgängern anzurechnen bzw. diejenigen von Geschäftsführern, auch einzelner, respektive der GV, sollten sämtliche Geschäftsführer selbst regelwidrig gehandelt haben<sup>37</sup>.

## b) *Inhalt*

Kenntnis des Verantwortlichkeitsgrundes liegt vor, wenn der Kläger je gegenüber jedem Verantwortlichen die Umstände kennt und nicht bloss vermutet, die geeignet sind, eine Klage zu veranlassen und zu begründen. Dazu gehören analog OR 60 Schaden und Schädiger<sup>38</sup>, daneben aber ebenso der adäquate Kausalzusammenhang, die Pflichtverletzung und das Verschulden<sup>39</sup>. Was im bes. den Schaden angeht, so genügt nicht dessen grundsätzliche Kenntnis, sondern erst dessen annähernde Höhe, weil dies für den Prozess und die Form der Klage grundlegend ist<sup>40</sup>.

## II. Einfluss des Strafrechts (Abs. II)

ZGB 455 II entspricht OR 60 II und 760 II. Die dort entwickelten Grundsätze können deshalb herangezogen werden, wobei die im OR umstrittene, von der h.M. allerdings positiv beantwortete Frage, ob sich die Verlängerung sowohl auf die relative als auch auf die absolute Verjährungsfrist beziehe, in ZGB 455 II durch die Pluralform m.E. ausdrücklich bejaht wird<sup>41</sup>.

36 Egger 455 N 2; Kaufmann 455 N 7; Lüscher 156 f.; Curti 455 N 2.

37 Forstmoser 104 N 392 f.

38 Junod 69.

39 Lüscher 157 f.; BGE 65 II 214 E 4, vgl. auch 61 II 9, 76 II 185; sehr zurückhaltend noch BGE 43 II 63 f., Kaufmann 455 N 6 und Knapp 177, die Gautschi, Haftung 531 als für die vormundschaftlichen Organe zu wohlwollend kritisiert.

40 Egger 455 N 2 f.; Gautschi, Haftung 532; Zellweger 81; Forstmoser 103 N 388 mit BGER-Zit.; BGE 82 II 44 f.; von Tuhr/Peter 438 mit ausführlichen Zit. in Anm. 32; Kaufmann 455 N 6 und Becker 60 N 8 geben hier dem Prozessrecht noch eine Bedeutung.

41 Junod 67; von Tuhr/Peter 439 Anm. 37.

## 1. Voraussetzungen

Als Handlungen kommen alle bundes- und kantonale rechtlichen Straftatbestände in Frage<sup>42</sup>. Dabei genügt die Erfüllung der objektiven Strafbarkeitsbedingungen. Subjektive Strafbarkeit wird nicht verlangt und schon gar nicht Verurteilung oder auch nur Anhebung einer Strafverfolgung<sup>43</sup>.

Ohne strafrichterlichen Entscheid befindet der Zivilrichter selbst über die Frage einer strafbaren Handlung. An eine Verurteilung durch den Strafrichter ist der Zivilrichter in Übereinstimmung mit OR 53 gebunden, an einen Freispruch oder einen Nichteintretensentscheid dagegen nur, wenn die Strafbehörde die Handlung als objektiv straflos erklärt<sup>44</sup>. Ein Einstellungsbeschluss des erkennenden Gerichts selbst bindet es bei der Feststellung, die Tat sei objektiv nicht strafbar, nicht aber, wenn er keine Rechtskraft hat und die Wiederaufnahme des Verfahrens nicht hindert<sup>45</sup>.

## 2. Wirkungen

Ist ZGB 455 II anwendbar, so sind Einreden wie in Abs. I, der Verantwortlichkeitsgrund hätte früher entdeckt werden können, nicht mehr zu hören und es tritt an die Stelle der o. und a.o. zivilrechtlichen Verjährungsfrist die strafrechtliche samt den zugehörigen Bestimmungen über deren Beginn, Unterbrechung und Ende (vgl. z.B. StGB 70 ff.)<sup>46</sup>, wobei allerdings durch zivilrechtliche Unterbrechung die strafrechtliche Frist überschritten werden kann<sup>47</sup>, andernfalls ZGB 455 II zugleich eine Benachteiligung bedeutete.

Die längere Frist gilt wohl auch gegenüber Erben<sup>48</sup>, d.h. für unsere Zwecke allg. gegenüber Rechtsnachfolgern und m.E. auch gegenüber juristischen Personen für die strafbaren Handlungen ihrer Organe<sup>49</sup>, dagegen neben dem Täter gerechter-

42 Z.B. auch Übertretung verkehrspolizeilicher Vorschriften: BGE 60 II 35; a.M. Curti 455 N 16; Kaufmann 455 N 15.

43 Nach Lüscher 160 f. sollen aber kantonale Beweisvorschriften als Bedingung der Berücksichtigung strafrechtlicher Verjährung Beurteilung durch Strafbehörden verlangen können.

44 Forstmoser 107 f. N 406 mit Zit., N 408 f.; ohne diese Differenzierung Kaufmann 455 N 15, 17; BGE 66 II 160 E 4.

45 BGE 101 II 321 ff., vgl. 55 II 26; ohne diese Differenzierungen Egger 455 N 5 f., dessen Feststellung, ein strafrechtlicher Freispruch während des zivilrechtlichen Verfahrens ändere nichts an der Geltung von ZGB 455 II mit entsprechenden Vorbehalten aufzunehmen ist; für Bindung auf jeden Fall Kaufmann 455 N 17.

46 Kaufmann 455 N 17; Lüscher 159; Egger 455 N 5.

47 Forstmoser 108 N 410 f., der aber StGB 72 Ziff. 2 II für nicht anwendbar hält.

48 So Egger 455 N 6; SJZ 26 157 f.; Becker 60 N 4; nach Forstmoser 108 N 412 h.M.; a.M. von Tuhr/Peter 439, die das in Anm. 37a mit Zit. als sehr umstritten bezeichnen.

49 Dies ist umstritten: Forstmoser 108 N 412.

weise nicht auch gegenüber bloss zivilrechtlich Verantwortlichen, seien sie nun solidarisch<sup>50</sup>, anteilmässig<sup>51</sup> oder subsidiär<sup>52</sup> haftbar.

### C. Konkursprivileg (ZGB 456/SchKG 219 Ziff. 2a)

ZGB 456 verpflichtet auch den Beistand – auch den gemäss Art. 389 tätigen oder von einer unzuständigen Vormundschaftsbehörde ernannten –, denn der Verbeiständete unterliegt demselben Kreditierungszwang wie das Mündel<sup>53</sup>. Warum aber eine juristische Person im bes. das Vorrecht nicht sollte geltend machen dürfen<sup>54</sup>, vermag ich nicht einzusehen.

#### I. Verweisungen

ZGB 456 verweist auf SchKG 146 (Pfändung) und 219 Ziff. 2a (Konkurs). Es sei hier auch auf die privilegierte Anschlusspfändung nach SchKG 111 aufmerksam gemacht, doch gilt diese gemäss Gesetzestext nur gegenüber dem Beistand<sup>55</sup>, währenddem SchKG 219 auch die vormundschaftlichen Behörden einschliesst, nicht dagegen das Gemeinwesen (ZGB 427). SchKG 219 Ziff. 2a seinerseits verweist auf ZGB 426 ff. und setzt demnach Verantwortlichkeit aus vormundschaftlicher Vermögensverwaltung voraus. Werden Mitglieder vormundschaftlicher Behörden belangt, sind die Grundsätze über die Haftungsreihenfolge und natürlich auch die pro rata-Haftung anzuwenden<sup>56</sup>.

#### II. Erfasste Forderungen

Die privilegierten Forderungen beruhen auf Ersatzansprüchen für verschuldeterweise nicht mehr vorhandene Vermögensobjekte – wichtig ist hier das Inventar – und auf Schadenersatzansprüchen aus Vermögensverwaltung für damnum emergens und lucrum cessans<sup>57</sup>. Einbegriffen sind auch Nebenrechte der Hauptforderung

50 Forstmoser 108 N 412.

51 Lüscher 159.

52 A.M. Kaufmann 455 N 18.

53 Kaufmann 456 N 5; Curti 456 N 3, 6; Ezgü 75; Fritzsche II 86 f.; Trüeb 118; Lüscher 123.

54 So Streit 36, 39 f., 69 f.; Egger 456 N 4 f.

55 Lüscher 131 f.; Jaeger 111 N 4 C; Blumenstein 409; Amonn 197.

56 Streit 30, 44 f., 51, 56, 60 f., 64, 67; Egger 456 N 3 ff.

57 Egger 456 N 6 f.; Amonn 321.

wie z.B. Zinsen sowie Prozesskosten<sup>58</sup>. Bei dinglichen Rechten entsteht die Forderung nach SchKG 219 Ziff. 2 aber erst, wenn die Vindikation erfolglos geblieben ist<sup>59</sup>.

Privilegiert sind nach der ratio legis auch Forderungen des Verbeiständeten gegen den Beistand, die jenen aufgrund einer Abtretung eines Dritten zum Gläubiger des Beistands gemacht haben, weil hier gleichfalls Kreditierungszwang besteht und die Eintreibung der eigenen Schuld als Vertreter des Verbeiständeten zur Vermögensverwaltung gehört. Um jedoch trotz der Möglichkeit einer paulianischen Anfechtungsklage nicht betrügerischen, fingierten Abtretungen Tür und Tor zu öffnen, müssen hievon Forderungen ausgenommen werden, deren Erwerb sich vom Standpunkt einer sorgfältigen Verwaltung aus nicht rechtfertigen lässt. Ferner sind schon nach allg. Grundsatz solche Forderungen nicht zu privilegieren, deren Tilgung im Rahmen ordnungsmässiger Verwaltung nicht verlangt werden darf, also z.B. erst kürzlich erworbene bei Zeitknappheit<sup>60</sup>.

Streit<sup>61</sup> will schliesslich auch Forderungen aus direktem rechtsgeschäftlichem Verkehr zwischen Vormund und Mündel nicht in die 2. Klasse aufnehmen, weil sich hier das Mündel freiwillig mit dem Vormund eingelassen habe und nur noch von relativem Kreditierungszwang gesprochen werden dürfe. Zumindest bei der verbeiständeten juristischen Person vermag ich mir indessen keine Situation vorzustellen, wo diese ohne Vermittlung vormundschaftlicher Hilfe mit dem Beistand in seiner Amtseigenschaft ein Rechtsgeschäft abschliessen könnte.

### III. Fristen

Für SchKG 219 Ziff. 2a II sind OR 127 ff. nicht anwendbar, insonderheit nicht 134 f. und 142, da es sich um Verwirkungsfristen handelt<sup>62</sup>. Vielmehr muss auf SchKG 31 ff. verwiesen werden. Nach Streit<sup>63</sup> kann eine amtliche Wiedereinsetzung bei Fristversäumnis nicht stattfinden, doch hat das BGer. immerhin für das Beschwerdeverfahren bereits anders entschieden<sup>64</sup>. Sicher aber gelten SchKG 56 ff. nicht, da sie ausschliesslich den Schutz des Schuldners bezwecken<sup>65</sup>.

Umstritten ist der Beginn der Frist nach SchKG 219 Ziff. 2a II. Nach der eher textgetreuen Auffassung läuft sie nicht erst mit Zustellung der Schlussrechnung, sondern mit der Beendigung der Beistandschaft bzw. des beistandschaftlichen

58 Lüscher 122.

59 Streit 16, 72 ff., 116 ff.; vgl. SchKG 225, 232 Ziff. 2, 242; Verordnung des BGer. über die Geschäftsführung der Konkursämter Art. 37d, 45 ff.

60 Streit 76, 80 ff.; Egger 456 N 6.

61 78 f.; gl.M. Amonn 321.

62 Streit 94 f.; Kaufmann 456 N 9.

63 101.

64 Siehe Fritzsche I 98.

65 Streit 101.

Amtes, weil die Frist gerade den Berechtigten veranlassen soll, Schlussrechnung und Vermögensablieferung zu verlangen<sup>66</sup>. Nach der zu beherzigenden Gegenmeinung beginnt die Frist aus den gleichen Gründen wie in ZGB 454 I erst mit Zustellung der Schlussrechnung, weil sonst durch deren Herauszögerung das Privileg zerstört werden könnte und die Betroffenen dagegen oft machtlos wären. Allerdings finde die Analogie vor ZGB 455 ihr Ende, denn das SchKG gehe ausdrücklich von der Beendigung des Gewaltverhältnisses aus und nicht von Verjährungsgrundsätzen des mat. Rechts<sup>67</sup>.

Die Frist steht – vorbehältlich Verschleppung<sup>68</sup> – still während eines Prozesses, d.h. von der Klageanhebung bis zum Urteil oder Vergleich, oder während eines Betreibungsverfahrens, d.h. von dessen Anhebung durch Einreichung des Betreibungsbefehles nach SchKG 67 an (und nicht etwa Zustellung des Zahlungsbefehls)<sup>69</sup>, solange es durch den Willen des Gläubigers, ein nächstfolgendes Stadium zu erreichen, tatsächlich besteht. Zu beachten ist ferner SchKG 317g III<sup>70</sup>.

Das Privileg hat nun nicht innerhalb eines Jahres nach Beginn der so umschriebenen Frist geltend gemacht zu werden<sup>71</sup>, sondern es muss bloss schon der Konkurs eröffnet worden sein, in welchem es zur Anwendung gelangen soll<sup>72</sup>.

Die Frist von SchKG 219 Ziff. 2a II gilt nach Abs. III nicht gegenüber Mitgliedern der vormundschaftlichen Behörden<sup>73</sup>, doch darf immerhin die Verantwortlichkeitsklage nicht bereits verjährt sein<sup>74</sup>.

#### IV. Geltendmachung

Vgl. hiezu Streit 125 ff. allg. und 139 für internationale Fälle.

66 Jaeger 219 N 26; Ezgü 77.

67 Streit 97 ff.; Kaufmann 456 N 9; Fritzsche II 87.

68 Jaeger 219 N 27; Ezgü 77.

69 J. Alfred Büchi: Grundzüge des schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, 1. Band, Zürich 1975, S. 44; Fritzsche I 121; Jaeger 67 N 1; Amonn 102; Blumenstein 236 mit Gegenmeinungen in Anm. 2.

70 Streit 102 f.

71 So Streit 109.

72 I.d.S. auch Fritzsche II 87 und Amonn 321.

73 Streit 103.

74 Lüscher 131; Kaufmann 456 N 11; vgl. Fritzsche II 87.

## V. Erlöschen des Privilegs

Durch Abtretung der Forderung geht das Privileg unbestrittenerweise nach OR 170 auf den Erwerber über<sup>75</sup>. Dagegen erlischt es, da untrennbar mit dem Schuldner verknüpft, gemäss OR 178 I bei Schuldübernahme, denn der Übernehmer soll nicht die Lage seiner bisherigen Gläubiger verschlechtern dürfen und der Verbeiständete muss sich ja auch nicht auf die Schuldübernahme einlassen<sup>76</sup>.

Das Privileg geht ferner unter durch Novation und Verzicht, der aber nicht nur zugunsten einzelner Gläubiger erfolgen darf. Nach Streit<sup>77</sup> sollen allerdings weder Beistand noch Vormundschaftsbehörde anstelle des Verbeiständeten verzichten können. M.E. ist das durchaus möglich, zieht aber allenfalls Verantwortlichkeit nach sich. Das Privileg erlischt schliesslich in dem Masse, als durch seine Beanspruchung Befriedigung erlangt wird. Mit einem Verlustschein indessen geniesst der Verbeiständete sein Vorrecht weiterhin<sup>78</sup>.

75 Streit 105; BGE 49 III 202 ff., 59 III 289; Jaeger 219 N 9; Blumenstein 682; Amonn 320; Bucher 520; von Tuhr/Escher 357.

76 von Tuhr/Escher 394; Becker 178 N 4; Guhl/Merz/Kummer 252; Bruno von Büren: Schweizerisches OR, Allg. Teil, Zürich 1964, S. 345; Streit 108; a.M. Oser/Schönenberger 178 N 5 mit Zit. älterer Lit.

77 112 ff.

78 Blumenstein 820 mit Zit.; Streit 110 f.; a.M. Jaeger 265 N 8.

## V. TEIL

### Ende der Beistandschaft

Sobald der Verbeiständungsgrund weggefallen ist, verpflichtet dies die Vormundschaftsbehörde sowohl zur Aufhebung der Beistandschaft als solcher als auch der Tätigkeit des Beistandes. Nur das Amt des individuellen Beistandes hört dagegen auf in den Fällen von ZGB 441 ff.<sup>1</sup>.

#### 1. Kapitel

### Ende der Verbeiständung (ZGB 439 II)

Anordnungen und Verbeiständung nach ZGB 393 enden gemäss ZGB 439 II, wobei auch die allg. Regeln der Vormundschaft zur Anwendung gelangen<sup>2</sup>, nämlich ZGB 433 f. Danach bestehen je eine im folgenden zu beschreibende mat. und formelle Voraussetzung<sup>3</sup>.

#### § 45. Wegfall des Grundes

##### A. Allgemeines

Gab es für eine Verbeiständung mehrere Gründe, so müssen sie alle entfallen sein<sup>1</sup>. Bei mehrfacher Beistandschaft mit getrennter Amtsführung sind aber wohl jene Ressorts aufzuheben und dementsprechend Beistände zu entlassen, wo ein Bedürfnis für vormundschaftliche Fürsorge nicht länger besteht. Umstritten ist, was bei Wegfall des formellen Verbeiständungsgrundes zu geschehen habe, wenn schon ursprünglich weitere existierten oder inzwischen neue hinzugetreten sind. Nach einer extremen Auffassung dürfen solche im Aufhebungsverfahren nicht beachtet<sup>2</sup>, nach der Gegenmeinung aber soll die Beistandschaft dann ohne weiteres aufrecht-

1 Vgl. Trüb 114 f.; Schrott 101; Pfander 87.

2 Egger 431 N 5.

3 Vgl. Kaufmann 439 f. N 5, 7.

1 Egger 433 N 4.

2 ZBJV 86 281 f.

erhalten werden<sup>3</sup>. In der Mitte steht die Ansicht, neue Gründe seien gehörig festzustellen, namentlich unter Beachtung von ZGB 374<sup>4</sup>, und es habe ein förmlicher Umwandlungsbeschluss zu ergehen<sup>5</sup>.

Dem Zwecke vormundschaftlichen Wirkens entsprechen nur die letzteren beiden Ansichten. Welche zutrifft, mag offenbleiben, macht es doch namentlich auch für ein Rechtsmittelverfahren keinen Unterschied.

Dem Wegfallen des Verbeistandungsgrundes ist der Fall gleichzustellen, dass nie einer bestand. Es muss hier das Aufhebungsverfahren durchgeführt werden, da dem Gesetz die Nichtigerklärung einer ungerechtfertigten Verbeistandung unbekannt ist<sup>6</sup>.

## B. AG im besonderen

### I. Erneutes Funktionieren der Organe

Der Verbeistandungsgrund ist weggefallen, sobald allg. die ersetzten Organe wieder funktionieren bzw. sobald bei Anordnung für eine bes. Angelegenheit der Beistand diese erledigt hat<sup>7</sup>. Den Vertretern der Verschuldenstheorie<sup>8</sup> genügt es, wenn die Organe der AG wieder handeln können, doch muss die Beistandschaft so lange aufrechterhalten bleiben, als notwendige Handlungen unterbleiben und an einer Beistandschaft legitimiert Interessierte dem machtlos zuzusehen gezwungen sind. Vom Moment an aber, wo die Organe ihre Funktion wieder wahrnehmen, bis zur Entlassung des Beistands besteht die Gefahr kollidierender Handlungen<sup>9</sup>, denn wie die Beistandschaft allg. die Handlungsfähigkeit des Verbeiständeten nicht beeinträchtigt (ZGB 417 I)<sup>10</sup>, so hindert sie auch deren Wiedereintritt nicht<sup>11</sup>. Der Beistand hat sich daher auf Handlungen zu beschränken, die auf den Abschluss seiner Tätigkeit gerichtet sind<sup>12</sup>. Tut er dies nicht, so beurteilen sich mit den Organen kollidierende Handlungen des Beistands gleich wie einander widersprechende Handlungen einer einzigen Person<sup>13</sup>.

3 BGE 79 II 268; vgl. SJZ 31 379 Nr. 77; gl.M. wohl Curti 433 N 6.

4 Kaufmann 433 N 5; BGE 35 I 97 E 2, 39 II 514 E 4.

5 SJZ 36 89 Nr. 53; Egger 433 N 4; vgl. ZVW 5 97 f.

6 ZVW 2 73 Nr. 42; Egger 433 N 5; Kissling 50; BGE 42 II 96, 43 II 752, 44 II 341, 59 II 417 Nr. 65; SJZ 19 85 Nr. 61; Kaufmann 433 N 2, 6; Curti 433 N 7; ZBJV 86 281 E 4; vgl. SJ 78 252.

7 Vgl. von Waldkirch 29; Schroff 99 f.; Kaufmann 439 f. N 7 und ders., Beistandschaft 48; Egger 439 f. N 4; Trüb 111.

8 Vgl. die in Anm. 7 zit. Autoren.

9 Das übersehen Egger 417 N 5 und wohl auch Pfander 72.

10 Irrtümlich daher ZR 68 199 f. und 73 52 Nr. 23 E 3, wonach der verbeiständeten Person im Umfange des dem Beistand erteilten Auftrages die Handlungsfähigkeit entzogen ist.

11 Homberger 132; vgl. BGE 71 II 20; Schroff 99 f.

12 Sauter 29; SJZ 38 249 f.; MBVR 68 51 E 2; Egger 433 N 13.

13 Pfander 72 ff.; Becker vor 32 N 9 ff.; vgl. Trüb 96 ff.; Kaufmann 417 N 4; Egger 417 N 5.

## II. Liquidation

Im Konkurs der AG besteht für einen Beistand kein Bedürfnis mehr. Schroff<sup>14</sup> möchte zwar OR 740 V wenn nötig auf den Beistand anwenden, doch haben wir gesehen<sup>15</sup>, dass die Konkursverwaltung eine Verwaltung zu wählen hat. Dagegen ist vor Konkurseröffnung OR 725 IV zu berücksichtigen, weil nicht der Sachwalter sich um einen Nachlassvertrag bemühen muss, sondern der Beistand<sup>16</sup>. Wird dann aber ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (SchKG 316a ff.) durchgeführt und ein Liquidator bestellt, so verwaltet dieser das zu liquidierende Vermögen und der Beistand kann abtreten<sup>17</sup>.

Bei anderweitiger Liquidation der AG indessen bedarf es des Beistandes bis zu deren Abschluss und der Löschung im Handelsregister<sup>18</sup>.

### § 46. Entlassung des Beistandes

Das Ende der Beistandschaft nach ZGB 393 tritt nicht mit Wegfall des Anordnungsgrundes ipso iure ein, sondern erst mit der Entlassung des Beistandes<sup>1</sup>. Mit Schlussrechnung und -bericht, deren Genehmigung und der Zurverfügungstellung des Vermögens als bes. Voraussetzung der Entlassung<sup>2</sup> befassen wir uns in § 50. Hier geht es allg. um das Aufhebungsverfahren.

#### A. Zuständige Behörde und deren Verpflichtung

Zuständig für die Aufhebung der Beistandschaft ist – auch international und unter Anwendung eigenen Rechts – die Vormundschaftsbehörde, welche sie tatsächlich führt, und nicht diejenige, welche sie von Rechts wegen zu führen hätte, solange keine Übertragung stattgefunden hat. Ist ein Gesuch bei der danach zuständigen Behörde anhängig gemacht, so bleibt sie es nach der Regel der Sachlage zur Zeit der Verfahrenseinleitung trotz nachträglicher Übertragung der Beistandschaft und dem Antragsteller darf kein neues Gesuch zugemutet werden<sup>3</sup>.

14 100.

15 § 25. C. II.

16 Vgl. Janggen/Becker (zit. § 40. Anm. 62) 823 N 29.

17 Kaufmann, Beistandschaft 48.

18 Schroff 100 f.; von Waldkirch 29; Kaufmann 439 f. N 7.

1 Vgl. Egger 439 f. N 6; Trüeb 112; Curti 433 N 2.

2 Pfander 86 f.; Schroff 101; Kaufmann 433 N 1, 439 f. N 6, 453 N 6 f.

3 Kaufmann vor 431 N 12, 434 N 13; Egger 431 N 3, 434 f. N 2; BGE 43 II 751 f., 68 I 90 f.; BGer. in ZVW 3 30 Nr. 4; MBVR 47 19 Nr. 7 E 1.

ZGB 439 II i.V.m. 433 II verpflichtet die Vormundschaftsbehörde, die Beistandschaft von Amtes wegen unverzüglich aufzuheben, sobald der Grund der Anordnung weggefallen ist<sup>4</sup>. Ausgeschlossen sind dabei Bedingungen und Befristungen<sup>5</sup>.

## B. Antragsrecht (ZGB 433 III)

Diese Vorschrift gilt nur für die eigentliche Aufhebung der Beistandschaft. Beschwerde nach ZGB 420 ist zu führen, wenn der individuelle Beistand weggewünscht wird<sup>5a</sup> oder wenn sich die Vormundschaftsbehörde weigert, ein Aufhebungsverfahren einzuleiten.

Das Antragsrecht steht in erster Linie dem Verbeiständeten selbst zu. Es ist aber dann vom Beistand auszuüben, wenn es der Verbeiständete nicht kann oder böswillig unterlässt. Der Beistand muss umgekehrt bei legitimen Interessen des Verbeiständeten auch einen Aufhebungsbeschluss weiterziehen<sup>6</sup>. Hinsichtlich des Antragsrechts Dritter hält das BGer. fest, es dürfe nicht ausdehnend ausgelegt werden und bestehe keinesfalls, wenn deren Interessen im Widerspruch zu denen des Verbeiständeten stünden. In einer glücklicheren Schlusswendung heisst es aber, das Interesse desjenigen müsse vorgehen, zu dessen Gunsten die Beistandschaft errichtet sei<sup>7</sup>. M.E. bildet einziges Kriterium für ein Antragsrecht Dritter ein rechtmässiges, schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der Beistandschaft, wofür namentlich in Betracht kommen Aktionäre, Miteigentümer usw.<sup>8</sup>, aber auch Gläubiger und Schuldner<sup>9</sup>. Der Entscheid wird dann freilich danach gefällt, ob stets noch legitime vormundschaftliche Interessen für eine Beistandschaft vorliegen.

Eine bestimmte Form ist für den Antrag nicht vorgeschrieben. Er muss wohl begründet, dagegen m.E. nicht schriftlich sein<sup>10</sup>.

Schliesslich wird gesagt, nach rechtskräftiger Abweisung eines Aufhebungsbegehrens habe die Behörde etwa analog ZGB 437 auf ein neues Begehren nicht vor Ablauf eines Jahres einzutreten, und zwar wegen der Arbeitsbelastung der Behörde und weil sich meist die Verhältnisse nur wenig änderten und nicht so schnell konsolidierten<sup>11</sup>. Dies ist m.E. bundesrechtswidrig, abgesehen davon, dass das erste Argument keines darstellt und die beiden anderen zumindest auf die verbeiständete juristische Person nicht zutreffen.

4 Pfander 87; Trüb 115; Kaufmann 433 N 7 und 9, 439 f. N 6; Curti 433 N 10; vgl. SJ 75 271.

5 Egger 433 N 6, 13; Kissling 51.

5a Pr 27 384 E 2.

6 SJZ 30 347 Nr. 250; Kaufmann 433 N 14, 19.

7 BGE 68 II 195 f., 64 II 69 E 2 und 181, 87 II 130; Egger 433 N 12.

8 Egger 433 N 11 f. mit Verweis auf die Beschwerdelegitimation.

9 Kaufmann 433 N 13, 15 mit Verweis auf Beschwerdelegitimation; Curti 433 N 9; a.M. Egger 433 N 12.

10 A.M. diesbezüglich Kaufmann 433 N 18; vgl. SJZ 12 183 Nr. 144.

11 ZBl 41 28; wenig Opposition bei Egger 433 N 10 und Kaufmann 434 N 23.

## C. *Kantonales und Bundesrecht (ZGB 434)*

Das Aufhebungsverfahren wird grundsätzlich durch die Kantone geordnet; vorbehalten bleiben die vor- und nachstehend erwähnten geschriebenen und ungeschriebenen bundesrechtlichen Grundsätze.

So gelten *Offizialmaxime*<sup>12</sup> und *sinngemäss* auch die *Anhörungs*vorschriften<sup>13</sup>. Dagegen bestimmt ausschliesslich kantonales Recht die kantonalen Rechtsmittel, so dass ZGB 420 II und die Beschränkung von Art. 361 II keine Anwendung finden; eine Weiterziehung wird dabei nicht jedem Antragsberechtigten, sondern nur Verfahrensbeteiligten gewährt, doch stets auch dem Verbeiständeten. Ferner legt kantonales Recht den Eintritt der Rechtskraft fest, wobei einem ablehnenden Entscheid nur deklaratorische Bedeutung zukommt<sup>14</sup>.

Gegen Bewilligung oder Ablehnung einer Aufhebung kann das BGer. nach OG 44e angerufen werden, so dass im kantonalen Verfahren auch OG 51 f. zu berücksichtigen sind. Der Berufung unterliegt nach OG 49 gleichfalls der Entscheid über die Zuständigkeit. Die Aktivlegitimation ergibt sich aus ZGB 433 III, wobei Parteilstellung im kantonalen Verfahren vorausgesetzt wird<sup>15</sup>.

## 2. Kapitel

### Ende des beistandschaftlichen Amtes (ZGB 441 ff.)

Das Amt des Beistands geht immer auch mit der Beistandschaft zu Ende. Hier befassen wir uns aber nur mit Beendigungsgründen, die in der Person des Beistandes gegeben sind.

ZGB 441 ff. finden auch Anwendung auf den Beistand<sup>1</sup>. Bei Eintritt eines solchen Beendigungsgrundes schreitet die Vormundschaftsbehörde zu einer Neuwahl (ZGB 385) und trifft, wenn ZGB 444 nicht spielt, vorläufige Massnahmen nach ZGB 386 und 448 f.<sup>2</sup>. Auf alle Fälle kann der Beistand nie selbst das Amt nieder-

12 Kaufmann 434 N 1, 4.

13 Egger 433 N 7, 434 f. N 1, 3, 6; SJZ 30 347 Nr. 250; ZBJV 83 142; vgl. § 31. B.; MBVR 72 379; Kaufmann 434 N 6 ff., 22 lehnt verbal eine Anwendung von ZGB 374 I ab, folgt aber mat. den dazu entwickelten Prinzipien.

14 Kaufmann 433 N 20, 434 N 11 und 22; Egger 433 N 13, 434 f. N 6; Curti 433 N 2; BGE 67 II 205 f.

15 Kaufmann 434 N 26 f.; Egger 434 f. N 7; Curti 434 N 3; BGE 41 II 640 f.

1 Kaufmann 417 N 7, vor 441 N 1 f., 6, 9: auch im internationalen Verhältnis; Sauter 30; Schrott 102 f. und Trüb 114 f. für ZGB 441, 443 I, 444 ff., 448 f.

2 Egger 417 N 12, 441 N 1.

legen, sondern wird nur durch Beschluss der Vormundschaftsbehörde entlassen bzw. seines Amtes enthoben<sup>3</sup>.

### § 47. Beendigung *ipso facto* (ZGB 441)

Das Amt des Beistandes hört von Gesetzes wegen auf, d.h. ohne dass es eines Aktes der Vormundschaftsbehörde bedürfte, durch:

- Tod des Beistandes. Dem gleichzustellen ist die Verschollenerklärung, doch wird die Vormundschaftsbehörde wegen der langen Fristen von ZGB 36 I und III schon zuvor nach ZGB 445 II vorgehen müssen. Das Amt ist unvererblich<sup>1</sup>.
- Entmündigung des Beistands oder Entzug seiner Handlungsfähigkeit nach ZGB 386, und zwar jeweils mit deren Rechtskraft. Da ZGB 441 offenbar auf einen präzis bestimmaren Zeitpunkt abstellt, genügt blosser Eintritt der Urteilsunfähigkeit noch nicht<sup>2</sup>, sondern hätte die Vormundschaftsbehörde diesfalls nach ZGB 445 II vorzugehen. Die im Zustand der Urteilsunfähigkeit vorgenommenen Rechtsgeschäfte sind allerdings nach ZGB 18 nichtig, sie entsprächen denn geordneter Geschäftsführung. Gleiches gilt a fortiori für bloss vorübergehende Urteilsunfähigkeit<sup>3</sup>. Auch eine Verbeiständung des Beistands kann nur nach ZGB 445 erheblich werden<sup>4</sup>.
- Entzug des Amtes nach StGB 53 I<sup>5</sup> mit Eintritt der Rechtskraft.

Die Erben des Beistands teilen dessen Tod und die Entmündigungs- bzw. die Strafbehörde ihre Verfügungen der die Beistandschaft führenden Vormundschaftsbehörde mit. Diese schreitet unverweilt zu einer Neuwahl (ZGB 385 I) und wohl auch zu Massnahmen nach ZGB 386, da 444 hier keine Anwendung findet<sup>6</sup>. Unter dessen trifft die in OR 405 II erwähnten Personen neben der Pflicht zur Vermögensübergabe nach ZGB 451 f. auch eine solche zur Abwehr von Schädigungen<sup>7</sup>. Dagegen haben sie nicht direkt die Geschäfte i.S. von OR 405 II weiterzuführen; tun sie es aber, unterstehen sie OR 419<sup>8</sup>.

3 Hefti 41; so für ZGB 443 Kissling 53 f. und Good 76, für dessen Abs. I Kaufmann 443 N 3 und Curti 443 N 3.

1 Curti 441 N 2, 4.

2 A.M. Curti 441 N 3.

3 Kaufmann 441 N 1 ff., 5a ff.; Hefti 41 f.; Kissling 51 f.

4 Egger 441 N 2 f.

5 Schwander 211 N 397.

6 Kaufmann 441 N 7, 444 N 1; Fröhlicher (zit. § 32. Anm. 37) 33; Hafter (zit. § 32. Anm. 89) 323 f.; Paul Logoz: *Commentaire du Code Pénal Suisse, Partie générale* (Art. 1 à 110), Deuxième édition, Neuchâtel et Paris 1976, 53 N 1 und 4 III; Thormann/von Overbeck 53 N 2.

7 A.M. bezüglich Pflicht zur Abwehr von Schädigungen Kaufmann 441 N 2, 7; Kissling 51.

8 Egger 441 N 2 f. und 451 N 6, der auch auf eine Meldepflicht des entmündigten Beistands hinweist; Hefti 41 ist wohl für unbeschränkte Anwendung von OR 405 II.

## § 48. Beendigung durch Entlassung (ZGB 442 ff.)

### A. Fälle

#### I. Ablauf der Amtsdauer (ZGB 442)

Bei Nichtbestätigung, die weder einer Anhörung des Beistandes, einer Begründung noch sonst eines bes. Verfahrens nach ZGB 445 ff. bedarf, endigt das Amt mit Ablauf der Amtsdauer, also einerseits von Gesetzes wegen wie in ZGB 441<sup>1</sup>; andererseits muss hier aber stets noch eine formelle Entlassung nach ZGB 453 erfolgen und unterliegt der bisherige Beistand zudem der Pflicht aus Art. 444<sup>2</sup>.

#### II. Ausschluss- oder Ablehnungsgründe (ZGB 443)

Ausschlussgründe nach ZGB 384 – Ziff. 1 wird dabei schon durch ZGB 441 erfasst<sup>3</sup> – muss der Beistand der Vormundschaftsbehörde sofort zur Kenntnis bringen. Diese hat aber schon selbst von Amtes wegen zur Entlassung zu schreiten, etwa auch wenn sie durch Dritte von einem Ausschlussgrund erfährt<sup>4</sup>. Dem nachträglichen Eintreten eines Ausschlussgrundes ist wohl die nachträgliche Entdeckung eines ursprünglich vorhandenen gleichzustellen.

Bei Eintritt eines Ablehnungsgrundes kann der Beistand die sofortige Entlassung verlangen, wenn dies die Interessen des Verbeiständeten erheischen (vgl. auch ZGB 445 II) oder billige Rücksichtnahme auf ihn selbst<sup>5</sup>. Ansonsten hat er bis zum Ablauf seiner Amtsdauer nach ZGB 415 I zuzuwarten<sup>6</sup>. In beiden Fällen von ZGB 443 gilt 444, ausgenommen erhebliche Interessenkollision des Beistands oder andere dringliche Fälle, wo die Vormundschaftsbehörde gemäss ZGB 386 vorsorgen muss und der Beistand nur mehr Rechnung ablegt und das Vermögen herauszugeben hat<sup>7</sup>. Nach Kaufmann<sup>8</sup> soll die Entlassung i.S. von ZGB 443 verschieden sein von derjenigen in Art. 453, doch ist das angesichts ZGB 386 nicht einzusehen<sup>9</sup>.

1 Curti 442 N 2 i.V.m. 441 N 2; SJZ 22 359 Nr. 301; Hefti 229, 234.

2 Kaufmann 415 N 8, 442 N 3 f.; Egger 415 N 3, 442 f. N 1; Good 75; Kissling 52; ZVW 23 69, 25 154 E 2; BGE 53 II 202 Nr. 35.

3 Nach Trüb 114 ist unehrenhafter Lebenswandel kein unbedingter Ausschlussgrund, eine zutreffende Relativierung angesichts der moralischen Unverderblichkeit einer juristischen Person.

4 Hefti 43 f.

5 Kaufmann 443 N 2 ff., 6; Curti 443 N 3, 6.

6 Hefti 41; vgl. Schrott 102, der zwar die Grenzen von ZGB 415 auf die Beistandschaft nicht anwenden, dafür aber offenbar mit Berücksichtigung von Ablehnungsgründen entgegenkommen will.

7 Kaufmann 444 N 5; Kissling 53.

8 443 N 1, 7.

9 Vgl. Egger 442 f. N 2, 444 N 1.

## B. *Weiterführungspflicht (ZGB 444)*

ZGB 444 bezieht sich nur auf 442 f., also weder auf Art. 441 noch auf 445<sup>10</sup>. Notwendig nach dieser Vorschrift sind alle Geschäfte (auch neue), die keinen Aufschub leiden, bei denen Gefahr im Verzuge ist usw.<sup>11</sup>. Über die Amtsübernahme des Nachfolgers entscheidet der Zeitpunkt von ZGB 387 I und nicht 391<sup>12</sup>, denn mit Mitteilung der Wahl ist der Nachfolger auf alle Fälle zur Führung der Beistandschaft verpflichtet (ZGB 389). Selbst ein Verfahren nach ZGB 388 ändert hieran nichts, spricht doch auch hier die Vermutung einstweilen zugunsten des neuen Beistands<sup>13</sup>.

## § 49. *Beendigung durch Amtsenthebung (ZGB 445 ff.)*

Treffen die Tatbestände von ZGB 445 und 443 zusammen, so gehen 445 ff. den Art. 443 II und 444 vor.

### A. *Gründe (ZGB 445)*

#### I. *Innere und äussere Abgrenzung*

Ob die in ZGB 445 erwähnten Gründe in genügender Intensität vorliegen oder ein Vorgehen nach 447 II genügt, liegt im Ermessen der Vormundschaftsbehörde und letztinstanzlich der Aufsichtsbehörde (ZGB 450), wobei die Interessen des Verbeiständeten massgebend sind und auch die Zukunftsprognose für den Beistand, die bei Fehlen einer Wiederholungsgefahr auch über einmalige, schwerwiegende Verfehlungen hinwegzusehen erlaubt<sup>1</sup>. Einer solchen Relativierung unzugänglich bleiben allerdings die Unwürdigkeit und Zahlungsunfähigkeit.

Die Gründe in ZGB 445 I setzen im Gegensatz zu Abs. II ein Verschulden des Beistands regelmässig voraus<sup>2</sup>, ausgenommen natürlich die Zahlungsunfähigkeit. Ansonsten besteht zwischen "entheben" (Abs. I) und "entlassen" (Abs. II) kein Unterschied<sup>3</sup>; doch weil die Gründe in Abs. I ein ausgesprochenes Odium ent-

10 A.M. für ZGB 445 Good 77 f.

11 Kaufmann 444 N 1, 3; Curti 444 N 2, 4.

12 So wohl auch BGE 88 III 11 (Zustellung eines Zahlungsbefehls an entlassenen Vormund); a.M. Curti 444 N 5; Kaufmann 444 N 6.

13 Vgl. Hefti 44 f.; Egger 444 N 2: Vormundschaftsbehörde kann aber ZGB 444 vor 389 den Vorzug geben.

1 Egger 445 N 1; Kissling 56, 59.

2 A.M. Egger 445 N 1, 4.

3 Hefti 230 ff.; Kaufmann 445 N 2 f., 8 ff. und 15, der aber wiederum einen Unterschied sieht zwischen Entlassung nach ZGB 445 und 453, eine Auffassung, welche die Amtseinstellung nach Art. 448 überflüssig machte; Curti 445 N 1 f., 5, 7 ff., 16.

halten, hat m.E. die Vormundschaftsbehörde nicht eine Ermessenswahl zwischen beiden Absätzen<sup>4</sup>.

## II. Die Gründe im einzelnen

### 1. Abs. I

Grobe Nachlässigkeit i.S. erheblicher Sorgfaltsverletzung (ZGB 413 I, 426) setzt wohl eine Gefährdung der Interessen des Verbeiständeten, nicht aber einen Schaden oder etwa wiederholte Pflichtvergessenheit voraus<sup>5</sup>. Bei Missbrauch der amtlichen Befugnisse ist an Ausnutzung des verwalteten Vermögens zu egoistischen oder sonst nicht zu billigen Zwecken zu denken. Ein Erfolg muss aber bei Schweigen des Gesetzes nicht eingetreten sein.

Der Vertrauensstellung unwürdig zu machen vermag schon eine einzelne Handlung<sup>6</sup>, die mit der Beistandschaft nicht in Zusammenhang zu stehen braucht, ja selbst vor Amtsantritt erfolgt sein kann. Nicht erforderlich noch auch m.E. unbedingt genügend ist des weiteren die Erfüllung des Tatbestandes von ZGB 384 Ziff. 2 — dieser wird allerdings schon durch ZGB 443 I erfasst — oder eine strafrechtliche Verurteilung (vgl. aber StGB 53 II).

Für Zahlungsunfähigkeit genügt Zustellung des Zahlungsbefehls (SchKG 38, 159) allein nicht; es muss aber auch nicht unbedingt eine fruchtlose Pfändung oder Konkurseröffnung abgewartet werden. Vielmehr ist auf einen mat. Begriff der Insolvenz abzustellen (vgl. ZGB 566 II, OR 83), die etwa in den Fällen von SchKG 190 Ziff. 1 f., beim Begehren um Not- oder Nachlassstundung oder beim Versuch vorliegt, einen aussergerichtlichen Nachlassvertrag abzuschliessen. So wurde z.B. trotz OR 604 Zahlungsunfähigkeit angenommen bei einem Vormund, der unbeschränkt haftender Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft war, als sich für diese mit Einbezug des Privatvermögens des Vormunds ein Passivenüberschuss ergab<sup>7</sup>.

4 A.M. Egger 445 N 1.

5 A.M. bezüglich des letzten Punktes Good 77.

6 Good 77.

7 Egger 445 N 2 ff. und Kaufmann 445 N 10 ff. mit Beispielen; Curti 445 N 2, 6 ff.; Hefti 230 ff.; Kissling 56 ff.; SJZ 30 135 f.; Disler 142; Zellweger 69; Streit 39.

## 2. Abs. II

Diese Kann-Vorschrift gibt der Vormundschaftsbehörde nicht eine blossе Befugnis<sup>8</sup>, sondern begründet bei gegebenen Umständen auch eine Verpflichtung. Ein Nichtgenügen kann allg. verursachen die mangelnde Eignung nach ZGB 379, namentlich Arbeitsüberlastung, Domizilwechsel oder lange Abwesenheit, Krankheit oder Gebrechen und Eintritt dauernder Urteilsunfähigkeit. Sodann ist ein Beistand entlassen worden, der sich weigerte, Weisungen der Vormundschaftsbehörde zu vollziehen, statt dagegen Beschwerde zu führen; eine fruchtbare Zusammenarbeit erschien nicht mehr möglich<sup>9</sup>. Eine Entlassung wäre aber nicht zulässig, wenn ein Beistand eine Verwaltungshandlung ablehnt, über deren Zweckmässigkeit man in guten Treuen verschiedener Auffassung sein kann<sup>10</sup>. Schliesslich wird man der Schonung halber den Weg von ZGB 442 f. wählen, wenn die involvierten Interessen es gestatten<sup>11</sup>.

## B. Verfahren (ZGB 446 ff.)

### I. Anträge und Vorgehen von Amtes wegen (ZGB 446)

Die Legitimation zu einem Antrag gemäss ZGB 446 I bestimmt sich nach den Kriterien von ZGB 420<sup>12</sup>. Der Antrag muss wohl begründet, doch darf in Anbetracht von ZGB 446 II nicht Schriftlichkeit verlangt werden<sup>13</sup>.

Fehlt die Antragslegitimation, mag Anzeige erstattet werden, worauf die Vormundschaftsbehörde gemäss ZGB 446 II von Amtes wegen einzuschreiten hat. Blossе Gerüchte genügen hier wie im Falle des Abs. I nicht, doch dürfen auch keine strikten Beweise verlangt werden, denn diese soll erst die Untersuchung nach ZGB 447 I ergeben. Eine solche ist auch einzuleiten, wenn voraussichtlich nur nach ZGB 447 II vorgegangen werden muss<sup>14</sup>.

8 So Kaufmann 445 N 9.

9 Curti 445 N 13, 15; MBVR 44 39 f.

10 Kaufmann 445 N 14 f.

11 Egger 445 N 1, 6.

12 Egger 446 f. N 1; der ausschliessliche Verweis von Curti 446 N 3 auf ZGB 433 III geht fehl, stehen doch dort nicht notwendig die gleichen Interessen auf dem Spiel.

13 A.M. Curti 446 N 4.

14 Kaufmann 446 N 3 f.; Curti 446 N 7 f.; Hefti 234 f.; Rossel/Mentha I 599 N 893.

## II. Untersuchung und Entscheid (ZGB 447)

Dieses Stadium wird – unter Vorbehalt des nachstehend Ausgeführten – durch die Kantone nach ZGB 425 geordnet bzw. durch die Vormundschaftsbehörde, wenn kantonale Vorschriften fehlen.

### 1. Untersuchung und positiver oder negativer Entscheid (Abs. I)

Die Vormundschaftsbehörde hat von Amtes wegen die nötigen Erhebungen zu machen. Der Beistand muss sich dabei gegen jede Anschuldigung mündlich oder schriftlich verteidigen können<sup>15</sup>. Da der Anspruch auf rechtliches Gehör aber nicht beinhaltet, sich vor der entscheidenden Behörde mündlich äussern zu dürfen<sup>16</sup>, kann man auch nicht sagen, der Beistand sei durch die Vormundschaftsbehörde selbst oder eines ihrer Mitglieder anzuhören<sup>17</sup>. – Obwohl in ZGB 447 I nicht erwähnt, erstreckt sich die Anhörung auch auf die Antragsteller (ZGB 446 I).

Auf die Anhörung des Beistandes darf wohl in jenem Einzelfall verzichtet werden, wo seine Zahlungsunfähigkeit durch öffentliche Urkunde (Verlustschein, Konkursöffnung) festgestellt ist. Im übrigen gibt die älteste vormundschaftsrechtliche Lit. dem Beistand bei Amtsenthebung ohne Anhörung nur eine Beschwerde nach ZGB 450 und dann eine staatsrechtliche wegen Verletzung von BV 4<sup>18</sup>, während für das allg. Verwaltungsrecht Imboden/Rhinow<sup>19</sup> bei Nichtanhörung zwar auch von blosser Anfechtbarkeit von Verfügungen ausgehen, jedoch Nichtigkeit annehmen, wenn eine vorgeschriebene Anhörung unterblieben ist. Der Entscheid nach erfolgter Untersuchung muss motiviert und den Beteiligten eröffnet werden<sup>20</sup>.

### 2. Bestrafung (Abs. II)

Es handelt sich hier um jene Fälle – sie müssen nicht gerade geringfügig sein<sup>21</sup> –, bei denen sich noch keine Enthebung rechtfertigt, weil einerseits der Verbeistän-

15 Kaufmann 447 N 5 ff.

16 Imboden/Rhinow 504 mit Zit.

17 So Kaufmann 447 N 6.

18 Curti 447 N 3 f.; Hefti 235 f., der zudem zu weit geht, wenn er auch bei einem Strafurteil auf Anhörung verzichten will, weil es sich hier nicht mehr um objektiv einwandfrei feststellbare Umstände handelt, sondern Verschuldensmomente ins Spiel kommen, die die Vormundschaftsbehörde nicht gleich beurteilen muss wie die Strafbehörde (vgl. OR 53).

19 546 und 243, 504.

20 Egger 446 f. N 3 f.; Kissling 55; Kaufmann 447 N 8.

21 Curti 447 N 5 f. mit Verweis auf die welschen Texte.

dete nicht geschädigt und andererseits seine Interessen nicht ernstlich bedroht sind, d.h. keine Wiederholungsgefahr besteht<sup>22</sup>, die aber doch nicht tatenlos durchgelassen werden sollen. Die Kann-Formulierung bedeutet dabei nicht, dass die Vormundschaftsbehörde keine Pflicht zu angemessenen Anordnungen träge.

Androhung der Entlassung und (Androhung einer) Busse dürfen beide wiederholt ausgesprochen werden. Erstere setzt kein Verschulden voraus, letztere aber wohl<sup>24</sup>. Das kantonale Recht kann nähere Bestimmungen aufstellen, z.B. darüber, wem die Busse zufällt, bezüglich der Frage ihrer Umwandlung in Gefängnis, ihres Erlasses und der Verjährung<sup>25</sup>; es mag etwa i.S. von ZGB 449 auch Rüge, Verweis, Veröffentlichung der Massnahmen usw. vorsehen, bleibt aber an den bundesrechtlichen Höchstbetrag der Busse gebunden<sup>26</sup>. Eine letzte Zuflucht bietet endlich StGB 292, der durch ZGB 445 ff. nicht ausgeschlossen wird<sup>27</sup>.

Nach Kaufmann<sup>28</sup> darf die Busse gemäss ZGB 449 auch mit Amtsenthebung verbunden werden. Diese Ansicht wird m.E. dem Sinn der Busse nicht gerecht, soll sie doch eine korrekte Amtsführung bewirken, die bei Enthebung gerade entfällt.

### III. Massregeln (ZGB 448 f.)

#### 1. Vorläufige Massregeln (ZGB 448)

Trotz Kann-Formel in ZGB 448 muss die Vormundschaftsbehörde wie in Art. 449 nach pflichtgemäßem Ermessen die nötigen Anordnungen treffen. Massregeln nach ZGB 448 setzen Gefahr im Verzuge voraus und nicht blosse Zweckmässigkeitsgründe<sup>29</sup>; andernfalls ist normal nach ZGB 447 vorzugehen.

Die vorläufige Amtseinstellung erfolgt normalerweise vor Amtsenthebung; nach ihr dann, wenn sie angefochten wird. Der Beistand darf alsdann seine Befugnisse nicht mehr ausüben. Inzwischen erledigt die Vormundschaftsbehörde gemäss ZGB 449<sup>30</sup> selbst die vormundschaftlichen Geschäfte, wenigstens solange sie im Umfang beschränkt sind und es sich um eine voraussichtlich kurze Schwebezeit handelt, oder sie bestellt einen Ersatz<sup>31</sup> oder einen provisorischen Beistand<sup>32</sup>. Kommt es

22 Egger 446 f. N 5 und Kaufmann 447 N 9 f. mit Beispielen.

24 Imboden/Rhinow 313 f.: Alles andere ist rechtsstaatlich fragwürdig.

25 Curti 447 N 7 ff.; Kaufmann 447 N 10 ff.

26 Hefti 234, 238 Anm. 1; Curti 449 N 2; vgl. § 32. B. IV. 3. c); Kaufmann 449 N 4; a.M. bezüglich der Bussgrenze Egger 446 f. N 6, 448 f. N 4.

27 Vgl. § 32. B. IV. 3. c); a.M. ZBl 59 368.

28 447 N 12; gl.M. offenbar Egger 448 f. N 4; Curti 449 N 4.

29 Unrichtig insofern Curti 448 N 2, 6; Hefti 238.

30 Hefti 237 spricht von einer Analogie zu ZGB 386; vgl. hiezu nachstehend 2.

31 Nur so Good 77.

32 Egger 448 f. N 1 f.; a.M. diesbezüglich Kaufmann 448 N 5.

zu keiner Amtsenthebung, muss die Einstellung aufgehoben werden und der Beistand tritt ohne weiteres wieder in seine Stellung ein.

Verhaftung des Beistandes und Beschlagnahme seines Vermögens geschehen nicht durch die Vormundschaftsbehörde, denn ZGB 448 schafft keinen selbständigen Arrestgrund; vielmehr gelten die Vorschriften der Strafprozessordnungen und des SchKG<sup>33</sup>.

## 2. Weitere Massregeln (ZGB 449)

Offenbar wegen der Randtitel von ZGB 448 f. halten die Kommentare Art. 449 nicht schon für während des Untersuchungsverfahrens direkt anwendbar<sup>34</sup>. Die Vorschrift drückt aber m.E. nur aus, was sich bereits aus ZGB 386 ergäbe, so dass eine zeitliche Differenzierung nicht am Platze ist. Sei dem, wie es wolle, mat. hat sich deswegen niemand graue Haare wachsen zu lassen<sup>35</sup>.

Massregeln nach ZGB 449 brauchen sich nicht auf die Sicherung des Verbeiständeten zu beschränken, denn nach dem französischen Text hat die Vormundschaftsbehörde alles anzuordnen, was dessen Interessen gebieten. In Frage kommen v.a. Sorge für Abrechnung und Übergabe des Vermögens, Sicherstellungen und allenfalls Sicherheitsleistungen sowie betriebsrechtliche und prozessuale Schritte<sup>36</sup>.

## IV. Beschwerde (ZGB 450)

ZGB 450 bezieht sich auf die Art. 445 ff. Es kann hier in jeder Hinsicht auf ZGB 420 verwiesen werden, so dass ZGB 450 eigentlich überflüssig ist<sup>37</sup>.

Nach Kaufmann<sup>38</sup> soll übrigens so lange die eigentliche Enthebung unzulässig sein, als eine Beschwerdemöglichkeit gegen eine ergangene blosser Enthebungsandrohung (ZGB 447 II) besteht, nicht aber eine vorläufige Einstellung (ZGB 448). Die hier obwaltende Logik ist mir verschlossen.

33 Hefti 236 ff.; Curti 448 N 3, 5, 7; Kaufmann 448 N 4 ff.; Lüscher 122 f.; vgl. Egger 448 f. N 3.

34 Vgl. Egger 448 f. N 4; Kaufmann 449 N 1; Curti 449 N 4.

35 Vgl. Kaufmann 448 N 8; Egger 448 f. N 3.

36 Egger 448 f. N 5; Kaufmann 449 N 3; Curti 449 N 4; Hefti 238; Lüscher 122.

37 So Kaufmann 450 N 1; vgl. im übrigen ders., Egger und Curti zu ZGB 450; Hefti 238 f. 38 447 N 14.

## 3. Kapitel

## Folgen der Beendigung (ZGB 451 ff.)

ZGB 351–353 gelten gemäss ZGB 367 III auch für die Beistandschaft<sup>1</sup>. Sie finden gleichfalls Anwendung bei Beendigung der Beistandschaft, weil damit selbstredend das beistandschaftliche Amt aufhört<sup>2</sup>.

## § 50. Schlussrechnung und -bericht und Vermögensübergabe

## A. Schlussrechnung und -bericht

## I. Erstattung (ZGB 451)

## 1. Schlussrechnung

Es kann hier bezüglich Pflicht, Gestaltung, Erzwingung und Beizugs des Verbeiständeten erst einmal auf die allg. Vorschriften über die Rechnungsablage verwiesen werden<sup>1</sup>. Rechnung ist dann abzulegen, wenn das beistandschaftliche Amt faktisch aufgehört und nur noch die Entlassung zu erfolgen hat<sup>2</sup>. Die Schlussrechnung schafft einerseits eine genaue Vermögensübersicht für den Moment, da das beistandschaftliche Amt zu Ende geht, und bildet die Grundlage für die Vermögensübergabe. Auszugehen ist dabei vom Inventar oder dem bei der letzten Rechnungsablage ausgewiesenen Vermögensbestand<sup>3</sup>. Andererseits muss sich aus Akten und Belegen auch ein Überblick ergeben über die gesamte Vermögensverwaltung seit Amtsantritt<sup>4</sup>.

Bei Tod des Beistands geht die Rechnungsstellungspflicht nicht auf seine Erben über<sup>5</sup>; sie müssen aber wohl alle erforderliche Hilfe leisten<sup>6</sup>. Die Vormundschaftsbehörde bestellt zur Rechnungsablage eine Drittperson, welche dann allerdings auch ein Erbe sein kann. Das gleiche gilt sinngemäss für den entmündigten und m.E.

1 Sauter 30; Kaufmann vor 451 N 4; Curti 451 N 1 und ZVW 3 116 Nr. 32 für ZGB 451.

2 Egger 451 N 2; das verkennen Kaufmann vor 451 N 1 und wohl auch Curti 451 N 2.

1 Vgl. § 37. B. III.; SJZ 16 337 Nr. 218; Pfander 47; Knapp 106 f.; Trüb 116.

2 Vgl. Egger 451 N 3 f., 452 N 2; Kaufmann 451 N 4, 6 ff., 17 und 452 N 3; Disler 142 ff.; MBVR 18 192 E 3.

3 Zellweger 69 f.

4 Vgl. Schroff 103 f.; Disler 142 ff.

5 A.M. Hefti 41.

6 Curti 451 N 3, 6 f.

auch den nach StGB 53 I amtsunfähigen Beistand, er sei denn zur Rechnungsablage noch imstande bzw. diesbezüglich vertrauenswürdig<sup>7</sup>.

## 2. Schlussbericht

Auch hier kann sinngemäss einerseits auf die periodischen Rechnungen und Berichte, anderseits auf die Schlussrechnung verwiesen werden<sup>8</sup>. Im Gegensatz zur Schlussrechnung ist aber auf alle Fälle ein Schlussbericht zu erstatten<sup>9</sup>. Er soll über die Erledigung der Vermögensangelegenheiten seit einer allfälligen letzten Rechnungslegung und über pendente Aufgaben Auskunft geben. Wie bei der Rechnung ist Schriftform geboten<sup>10</sup>, damit auf ihn zurückgegriffen werden kann, namentlich im Verantwortlichkeitsprozess.

## II. Prüfung und Genehmigung (ZGB 452)

Bezüglich Tätigkeit der vormundschaftlichen Behörden, Wirkungen der Genehmigung, Massnahmen bei Nichtgenehmigung und Zustands nach dem Prüfungsverfahren kann wiederum auf das Verfahren nach ZGB 423 abgestellt werden<sup>11</sup>.

Zu einer Erklärung über den Rechnungsbefund ist der Verbeiständete nicht verpflichtet. Eine Gutheissung von seiner Seite befreit die vormundschaftlichen Behörden nicht von ihrer strengen Prüfungspflicht und kommt keinem Verzicht auf die Geltendmachung der Verantwortlichkeit gleich, hat aber immerhin beweisrechtliche Bedeutung; und selbst eine ausdrückliche Verzichtserklärung des Verbeiständeten vor Genehmigung der Rechnung ist nicht beachtlich<sup>12</sup>.

Nach einer verbreiteten Auffassung soll dagegen die Genehmigung der Schlussrechnung die Haftbarkeit des Beistands gegenüber der genehmigenden Behörde ausschliessen<sup>13</sup>. M.E. kann das nur in dem Masse gelten, als die Behörde bei ihrer Prüfung Verantwortlichkeitsgründe entdecken musste und danach vorzubehalten unterliess.

7 Vgl. Egger 451 N 3 f., 6 und 452 N 2; Kaufmann 451 N 13 f., der aber sonst den Vormund des Beistands zur Sorge für die Rechnungsstellung verpflichten will, wozu dieser m.E. so wenig verhalten werden kann wie die Erben.

8 Vgl. § 37. B. III. und vorstehend I.

9 SJZ 16 337 Nr. 218; a.M. Pfander 47; Trüb 116.

10 Egger 451 N 3 f.; Kaufmann 451 N 4, 8, 17; Schrott 104; vgl. Curti 451 N 5.

11 Schrott 106 f.; BGE 76 II 186; MBVR 28 296 Nr. 104; Hefti 222, 225; Trüb 116; Lüscher 147; vgl. § 37. B. III. 2.

12 Egger 452 N 1, 3 f. und 453 N 2; Kaufmann 452 N 2, 5, 7 f., 10 und 453 N 7; Disler 147 ff.; Knapp 106 f.; ZBI 49 486 E 3.

13 Disler 149; Knapp 106, 167; Zellweger 71; Lüscher 147: bei vorbehaltloser Genehmigung.

## B. Vermögensübergabe (ZGB 451 und 453 I)

Nach h.M. erfolgt die Vermögensübergabe erst nach Genehmigung der Schlussrechnung<sup>14</sup>. M.E. verhält es sich aber anders im Falle, wo der Verbeiständete wieder selbst für die Verwaltung Sorge trägt und deshalb ein Zuwarten nicht am Platze ist.

Die Pflicht zur Übergabe trifft den Beistand oder seine Erben, aber auch die Vormundschaftsbehörde. In der Regel muss ein Vertreter derselben mitwirken. Die Übergabe soll gegen Empfangsschein und unter Mitlieferung aller wichtigen Aktenstücke, Dokumente usw. geschehen. Empfänger sind die neuen Organe der AG bzw. nach deren Löschung die ehemaligen Aktionäre oder ein allfälliger Amtsnachfolger<sup>15</sup>.

Der Beistand hat nun allerdings ein Rückbehaltungsrecht bezüglich solcher Belege, die er gegen eine Verantwortlichkeitsklage benötigt<sup>16</sup>. Dieses Recht besteht aber nicht nach vollständiger Entlastung, wenn sonst die Gefahr einer Schadenersatzklage gebannt oder der Grund der Verantwortlichkeit offenbar ist und die Vormundschaftsbehörde zwecks Klageerhebung die Belege herausverlangt. Ferner erscheint die Herausgabe zumutbar, wenn der Beistand auf Kosten des Verbeiständeten Photokopien herstellen kann, vorbehaltlich von Akten, bei denen auch kein Einsichtsrecht bestünde. Im übrigen bedeutet das Rückbehaltungsrecht nicht, dass den Berechtigten nicht wenigstens Einsicht in die Belege zu gewähren wäre<sup>17</sup>.

## § 51. Entlassung und Veröffentlichung

### A. Entlassung (ZGB 453 I)

Bezüglich des Ausdrucks "Entlassung" in ZGB 453 besteht einige begriffliche Verwirrung. Kaufmann<sup>1</sup> scheint mir richtig zu liegen, wenn er sagt, im Randtitel bedeute Entlassung lediglich die Erklärung der Vormundschaftsbehörde, dass das Amt des Beistands gänzlich beendet sei, selbst wenn keine genehmigte Schlussrechnung vorläge<sup>2</sup>; in Abs. I und III dagegen sei Entlassung gemäss Gesetzestext einer Entlastung seitens der Vormundschaftsbehörde gleichzusetzen<sup>3</sup>. Unbestritten bleibt

14 Kaufmann 451 N 12; Schroff 106; a.M. wohl Curti 451 N 12.

15 Vgl. Kaufmann 451 N 9 ff., 13 und 453 N 15; Curti 451 N 9, 11; ZVW 11 153 Nr. 42; Trüb 116.

16 A.M. offenbar Good 29 und Kaufmann 453 N 8a.

17 Egger 451 N 6, 453 N 3 f.; Schroff 106 f.; Zellweger 69; ZVW 11 153 ff. Nr. 42 f.; SJZ 24 118 Nr. 107; Disler 144.

1 453 N 4 f.

2 Curti 453 N 6, 14 gibt der Entlassung in Abs. I und III ebendiesen Sinn, Egger 453 N 2 nur für Abs. I.

3 So nur für Abs. III Egger 453 N 2.

aber nach allen Konstruktionsweisen, dass eine Entlassung im ersteren Sinne erfolgen darf, wofür namentlich in den Fällen von ZGB 445 ein Bedürfnis bestehen kann; die Rechnung wird dann allenfalls durch den Amtsnachfolger, einen Ersatzbeistand oder Sachverständigen erstellt<sup>4</sup>.

Die Entlassung in diesem weiteren Sinne wird wirksam in dem Moment, wo sie dem Beistand zur Kenntnis kommt, und bringt vorbehaltlich der Veröffentlichung den Verlust seiner Vertretungsmacht und seiner sonstigen Rechte und Pflichten als Beistand mit sich<sup>5</sup>, wobei m.E. für den ohne Schlussrechnung und Vermögensübergabe entlassenen Beistand insofern eine Ausnahme zu machen ist, als diese beiden Vorgänge in Frage stehen.

Auf alle Fälle präjudiziert die Entlassung oder Entlastung eine Verantwortlichkeitsklage in keiner Weise<sup>6</sup>. Good<sup>7</sup> möchte dem scheidenden Beistand gegenüber dem Verbeiständeten bzw. seinem Amtsnachfolger einen Anspruch auf Decharge einräumen, die durch Feststellungsklage erzwungen werden könne. M.E. widerspricht dies aber i. allg. der Regelung von ZGB 454 f.

## *B. Veröffentlichung (ZGB 440)<sup>8</sup>*

Schon aus handelsregisterrechtlichen Gründen muss das Ende der Beistandschaft bzw. des Amtes des im Handelsregister eingetragenen Beistandes veröffentlicht werden. Dasselbe gilt für einen blossen Wechsel in der Person des Beistandes. Man wird hier wohl nicht sagen können, dass diese Veröffentlichung bloss deklaratorischen Charakter habe<sup>9</sup>, erfahren doch Dritte erst jetzt, dass die Vertretungsbefugnis des Beistandes erloschen sei<sup>10</sup>.

Ist die Verbeiständung nicht nur im Schweizerischen Handelsamtsblatt veröffentlicht worden, so sind m.E. nunmehr diese anderen Publikationsformen ebenfalls einzuhalten.

4 Egger 453 N 2; Schroff 107; Zellweger 72; Lüscher 147.

5 Vgl. Trüb 115 f.; Disler 149; SJZ 16 271 Nr. 160.

6 Kaufmann 451 N 6a, 453 N 7 und 14; Curti 453 N 6.

7 72 f.

8 Vgl. § 34.

9 So allg. Henauer 257 f.

10 Schroff 107 f.; Egger 439 f. N 10; vgl. Kaufmann 439 f. N 19; Trüb 117; Curti 440 N 4.

## LEBENS LAUF

Ich bin geboren den 2. Mai 1952 in Zürich, wo ich auch bis zum Ende der Primarschule aufwuchs. Die Mittelschule durchlief ich auf dem Friedberg in Gossau/SG und schloss sie im Sommer 1972 mit Matura B ab.

Nach einem verirrten Semester Medizin begann ich im Frühling 1973 das Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Zürich und bestand im Dezember 1977 die Lizentiatsprüfung.

Anschliessend arbeitete ich ein Jahr lang bei Prof. Forstmoser als Assistent, widmete mich hernach ausschliesslich der Dissertation und verbrachte dann fast das ganze Jahr 1980 zu Sprachzwecken in den USA.

Seit Februar 1981 bin ich Auditor am Bezirksgericht Zürich, und wenn ich nicht gestorben bin, so lebe ich heute noch.



